

# **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**CURSO 2022/2023**



## **GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES: EL CASO OMOREFE CONTRA ESPAÑA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Civil**

**ALUMNA: Paula Palomares García**

**TUTORA: María Teresa Álvarez Moreno**

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>ANÁLISIS DEL CASO PAT OMOREFE CONTRA ESPAÑA</b>	
2.1	Supuesto de hecho.....	5
2.2	Iter Procesal.....	7
2.2.1	Sentencia de Primera Instancia.....	7
2.2.2	Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Navarra.....	9
2.2.3	Agotamiento de recursos internos: Autos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.....	12
2.2.4	Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	13
<b>III.</b>	<b>GUARDA Y ACOGIMIENTO DEL MENOR</b>	
3.1.	Acogimiento familiar.....	16
3.2.	“Acogimiento preadoptivo” .....	19
3.3.	Adopción.....	20
<b>IV.</b>	<b>ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES</b>	
4.1	Situación legal de desamparo solicitado por la madre biológica.....	23
4.2	Interés superior del menor.....	29
4.3	Patria potestad y ausencia de asentimiento.....	34
4.4	Derecho de visitas.....	40
<b>V.</b>	<b>VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: obligaciones positivas que corresponden al Estado en los supuestos de acogimiento de menores</b>	
5.1	Principios generales.....	46
5.2	Aplicación de los principios al caso Omorefe contra España.....	50
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>56</b>
<b>VII.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>58</b>

## **ABREVIATURAS**

<b>AP</b>	<b>Audiencia Provincial</b>
<b>Art.</b>	<b>Artículo</b>
<b>Arts.</b>	<b>Artículos</b>
<b>BOE</b>	<b>Boletín Oficial del Estado</b>
<b>CE</b>	<b>Constitución Española</b>
<b>CC</b>	<b>Código Civil</b>
<b>SAP</b>	<b>Sentencia de la Audiencia Provincial</b>
<b>TS</b>	<b>Tribunal Supremo</b>
<b>STC</b>	<b>Sentencia del Tribunal Constitucional</b>
<b>STS</b>	<b>Sentencia del Tribunal Supremo</b>
<b>TC</b>	<b>Tribunal Constitucional</b>
<b>Vol.</b>	<b>Volumen</b>
<b>DGFI</b>	<b>Dirección General de Familia e Infancia</b>
<b>TEDH</b>	<b>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</b>
<b>CEDH</b>	<b>Convenio Europeo de Derechos Humanos</b>
<b>LOPJM</b>	<b>Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor</b>

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la sentencia de la Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 2020<sup>1</sup>, relativa a la resolución Pat Omorefe contra España que aborda el proceso de acogimiento familiar y posible adopción posterior de un menor, tal y como se verá a lo largo de las siguientes páginas. El trabajo analiza en profundidad los rasgos típicos del acogimiento y de la adopción, y los cimientos sobre los que se construye la resolución del TEDH.

La gran mayoría de niños nacen y tienen la oportunidad de crecer en un entorno familiar, no obstante, muchos menores no tienen esta gran suerte, y por ello la Administración, como órgano tutelar de los derechos de los ciudadanos, tiene encomendado un objetivo de protección, guarda y custodia de estos menores. El acogimiento familiar es una institución civil recogida en el artículo 172 Código Civil que tiene como fin principal el cuidado de menores en situación de desamparo, en un ambiente familiar, ya que son personas vulnerables que merecen crecer y desarrollarse en un entorno de protección y cariño. No obstante, en estos casos es muy importante destacar la figura de la familia biológica que será determinante para el camino que seguirán los menores.

Muchas familias biológicas, como es el caso de Pat Omorefe, la mujer nigeriana sobre la cual versa la resolución del Tribunal Europeo objeto de estudio, se encuentra en una compleja situación personal, laboral y económica. La mujer, recién llegada a España desde su país de origen, tras dar a luz a su bebé considera que el menor merece una vida mejor de la que ella en ese momento puede darle. A partir de ahí comienza un periplo en el que tras solicitar al Gobierno de Navarra que se declare a su hijo en situación de desamparo, para que posteriormente sea tutelado por la Administración hasta que lograra cumplir todas las condiciones propuestas, y así poder hacerse cargo del menor con todas las garantías. El objetivo fundamental de la madre biológica es volver a hacerse cargo y cuidar a su hijo, y por ello, trata de cumplir todos los requisitos que se le plantean para poder reactivar su patria potestad, y obtener la guarda y tutela del niño.

Tras la resolución de desamparo, el menor comienza a residir en una familia de acogida, en la que poco tiempo después, será adoptado. En este caso, tal y como se verá a lo largo del Trabajo

---

<sup>1</sup> TEDH (Sección 3ª) Caso Omorefe contra España. Sentencia de 23 de junio de 2020 TEDH/2020/60.

Fin de Grado, es determinante la participación de la Administración en el procedimiento de adopción.

## **2. ANÁLISIS DEL CASO PAT OMOREFE CONTRA ESPAÑA**

### **2.1 SUPUESTO DE HECHO**

Pat Omorefe, ciudadana nigeriana residente en Pamplona, da a luz a un bebé prematuro el 17 de diciembre de 2008. Omorefe se encuentra en situación irregular y muy compleja en España, tanto ella como su pareja en aquel momento eran migrantes irregulares en situación de desempleo, y la relación entre ambos progenitores era conflictiva, además de no encontrarse en condiciones económicas para hacerse cargo de su hijo. Por todo ello, cuando el hijo tiene tan solo 2 meses, el 3 de febrero de 2009, Pat Omorefe, decide solicitar al Gobierno de Navarra que asumiera la tutela del menor un centro de acogida, considerando ella misma que no podrían darle a su pequeño una vida digna.

La madre biológica, mediante escrito del 6 de marzo de 2009, fue informada de la declaración de desamparo de su hijo, y de su asignación a un centro de acogida gestionado por la asociación Xilema. En este escrito se informó a la progenitora que la medida prevista para el menor era el acogimiento familiar, indicando que el menor podría reintegrarse en su familia biológica siempre que ambos progenitores logaran conseguir tres objetivos que fueron planteados por la Administración.<sup>2</sup>

Poco tiempo después, en concreto el 25 de marzo de 2009, cuando el menor tan sólo tenía cuatro meses de edad, la comisión de evaluación del Gobierno de Navarra decidió proponer como medida el acogimiento familiar preadoptivo del menor, debido a la ausencia de la madre biológica en las visitas, y la situación de desapego para con su hijo menor. El 8 de mayo de 2009, la Dirección General de Familia e Infancia del Gobierno de Navarra suspende el régimen de visitas. Finalmente, el 18 de mayo de 2009 se acuerda formalmente de manera provisional el acogimiento previo a la adopción mediante resolución judicial del Juez de Primera Instancia.

---

<sup>2</sup> En primer lugar, tener la capacidad de proporcionar al bebé los cuidados que el mismo requiere para su correcto desarrollo y evolución. En segundo lugar, asegurar las condiciones socioeconómicas y un estilo de vida compatibles con el de un menor de edad, y por último, obtener un empleo y alojamiento estables, es decir que se produzca un cambio en las circunstancias que fueron causantes de la situación de desamparo del menor, contando siempre en este caso con la asistencia y apoyo de la unidad de servicio social de su barrio.

En julio la madre se opuso por vía judicial a la propuesta de la DGFI de Navarra, en la cual se determinó que no era necesario su asentimiento a la adopción debido a que se habían incumplido por parte de la demandante los debidos deberes maternales.

A fecha del 22 de septiembre, la DGFI emitió un informe en el cual afirmaba que a pesar de que la madre posteriormente lograra desarrollar sus aptitudes maternales y estabilizar su situación tanto laboral como personal hasta cumplir con las condiciones necesarias, el menor ya habría desarrollado y creado un vínculo familiar con la familia de acogida, y que el retorno junto a su madre biológica sería un riesgo debido a la posibilidad de que se pudieran desarrollar graves traumas psicológicos en el menor.

El Juez de Primera Instancia ante el que se presentó la oposición a la solicitud, desestimó la misma indicando que existían motivos para la privación de la patria potestad de la madre biológica, limitando su participación en el procedimiento de adopción. La madre recurrió la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha de 10 de febrero de 2012, que admitió su recurso considerando que, en ningún caso, tras un estudio del caso concreto, podría tener lugar la adopción sin el asentimiento previo de la madre, al no haber sido privada de la patria potestad. La DGFI recurre en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que fue inadmitido mediante auto de fecha de 4 de junio de 2013. Mediante Auto de 3 de febrero de 2014 el Juez de Primera Instancia anuló la medida de acogimiento familiar preadoptivo.

Tras la anulación de esta medida, y volviéndose a encontrar el menor en situación de acogimiento familiar temporal, la demandante solicita que se instaurase un nuevo régimen de visitas, y que después de tanto tiempo se le permitiera visitar a su hijo biológico.

El Gobierno de Navarra no responde ante dicha solicitud, y la demandante decide plantear un recurso contencioso-administrativo ante el silencio de la administración por la falta de reconocimiento de su derecho de visitas. El informe del 11 de septiembre de 2014, de la DGFI aun reconociendo la mejoría de la situación de exclusión social de la demandante, indica que el nuevo vínculo afectivo del menor con su madre biológica podría ser negativo y afectar al correcto desarrollo del mismo.

Tras un largo período de tiempo desde que la madre dejó de tener contacto con su hijo al haber sido suspendido el régimen de visitas; en junio de 2015, el Juez de Primera Instancia reconoce el derecho de la demandante a visitar a su hijo una única hora al mes. Esta visita consistiría en encuentros supervisados en un punto de encuentro familiar (PEF) gestionado por la administración. Mediante auto de fecha 28 de octubre de 2015 la Audiencia Provincial revocó su anterior sentencia autorizando la adopción del hijo de la demandante a pesar de la falta de asentimiento de la madre biológica, siempre en interés del menor. La demandante presentó recurso de Amparo ante el TC que fue declarado inadmisibile el 12 de septiembre de 2016, como carente de relevancia constitucional.

## **2.2. ITER PROCESAL**

A continuación, se esboza el iter procesal del caso objeto de estudio, desde la sentencia del juez de primera instancia hasta la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pasando por la sentencia de la Audiencia Provincial, y por los autos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

### **2.2.1 SENTENCIA DE JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM.3 DE NAVARRA DE 28 DE ENERO DE 2010<sup>3</sup>**

Este procedimiento familiar comienza cuando la demandante, Pat Omorefe, tras dar a luz a su hijo, y considerar de manera responsable que no se encuentra en las condiciones óptimas para poder proporcionarle al menor una vida y un desarrollo digno adecuados a sus necesidades, decide solicitar a la Dirección General de Familias e Infancia de Navarra que se declare al menor en desamparo. De esta manera, considera que el niño podrá, durante un tiempo y hasta que la madre pueda estabilizar y evolucionar respecto de su situación, crecer y evolucionar en un entorno propicio, de acuerdo con sus necesidades.

Tras considerar la Administración que esta es la opción más favorable y adecuada para el menor, emite una notificación declarando la situación de desamparo del menor, y la suspensión

---

<sup>3</sup> JUR 2013/82923

de la patria potestad de manera temporal, con opción de retornar, siempre y cuando se pudiera acreditar el cumplimiento de las condiciones reflejadas en la misma.

El procedimiento judicial en el caso objeto de estudio se inicia con la solicitud del Gobierno de Navarra al juez de primera instancia, de acordar provisionalmente un modelo de acogimiento familiar preadoptivo. La demandante, en julio de 2009, decide oponerse mediante vía judicial a la propuesta de la DGFI del Gobierno de Navarra, según la cual no era necesario el asentimiento de la madre a la adopción. El Juez de Primera Instancia dicta una sentencia desestimando la oposición de la demandante, y estimando por tanto la solicitud del Gobierno de Navarra antes mencionada, declarando que efectivamente existan motivos fundados para limitar la intervención de la madre en el procedimiento de adopción.

Al no disponer de la sentencia de Primera Instancia, conviene hacer mención a la referencia que de la misma hace el fundamento de derecho primero de la SAP. Al respecto, se trae a colación el artículo 780 de la LEC, según el cual, los padres biológicos podrán exigir su asentimiento en el proceso de adopción que con respecto de sus hijos se haya planteado. Seguidamente, a tenor del artículo 176 y ss del CC, anteriores a la modificación del año 2015, del Sistema de Protección de Infancia y Adolescencia, se puede comprobar que la falta de asentimiento de los padres biológicos en la adopción impide la constitución de la misma, mientras que si la intervención de los padres biológicos se limitara a la simple audiencia, la adopción podrá constituirse, sea cual fuere la voluntad de los padres, si efectivamente se valora judicialmente que la propuesta de adopción resultare la más beneficiosa para el menor.<sup>4</sup>

La AP de Navarra entiende que se debe enmarcar la intervención de los padres biológicos en el procedimiento de adopción, y centrarse en si existe o no en esos padres causa de privación de la patria potestad. Para ello, la SAP cita la Sentencia de Primera Instancia que *“sobre la base de lo expuesto, ha de concluirse en este caso que existe causa de privación de la Patria Potestad, y que, por tanto, la intervención de la madre biológica, ha de limitarse a la simple audiencia”*

---

<sup>4</sup> Cfr. Fundamento de Derecho 1º SAP

## 2.2.2 RECURSO DE APELACIÓN ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE 10 DE FEBRERO DE 2012<sup>5</sup>

Tras la resolución de Primera Instancia, la demandante interpone recurso de apelación ante la AP de Navarra, que fue resuelto mediante SAP de 10 de febrero de 2012, con el firme propósito de que se declare contrario a Derecho la sentencia dictada en Primera Instancia, fundamentado en el error que se atribuya al juzgador a quo en relación a las normas aplicables al caso concreto. La AP en esta sentencia trata de explicar y entender el comportamiento de la madre biológica durante todo este tiempo, teniendo presente las grandes dificultades económicas y personales a las que tenía que hacer frente desde el nacimiento del menor.

El Tribunal sostiene que para poder entender la decisión en primera instancia de que la intervención de la madre se declarase como una mera audiencia, es necesario realizar un *“pormenorizado análisis de la prueba presentada”*<sup>6</sup>.

Se llega a la conclusión de que, el procedimiento en primer lugar deriva de un absoluto estado de necesidad de la madre biológica, la cual, actuando con la debida diligencia y en un ejercicio de absoluta responsabilidad, considera que no podía garantizar la vida de su hijo, un niño prematuro, el cual necesitaba ciertos cuidados que en ese momento ella, por más que sus deseos fueran otros, no podía proporcionarle. Es importante destacar que, la madre en ningún momento se plantea que esta situación derive en la pérdida de su hijo, ya que tampoco fue informada de ello.

Por estos motivos, es necesario diferenciar dos etapas en la vida de Omorefe tras dar a luz. En un primer momento, como he comentado anteriormente, no podía dar a su hijo lo que él necesitaba, pero en vistas de las pruebas presentadas, la AP de Navarra entiende que esta situación se encuentra en vistas de mejorar, ya que la intención de la madre, como queda demostrado, ha sido lograr una estabilidad económica y sociofamiliar lo antes posible, necesaria para que el menor pudiera retornar junto a su madre biológica.

La SAP invoca varios preceptos fundamentales para entender el largo razonamiento que proporciona en su fallo, uno de ellos es el art. 4 del Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores. Al respecto, sostiene que en ningún caso se ha dado apoyo a la familia, sino que se ha actuado en todo momento en propósito

---

<sup>5</sup> JUR 2013/30545

<sup>6</sup> Fundamento de derecho 2º SAP

de sustraer al menor de su familia biológica<sup>7</sup>, a pesar de que la madre hubiera cumplido al menos parcialmente los deberes dispuestos en el art. 154 CC. Este último artículo, en su párrafo final, dispone que *“los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”*. Por tanto, se puede entender que la madre, al solicitar la declaración de desamparo del menor, está actuando diligentemente y de acuerdo con los deberes indicados en este artículo en relación con la responsabilidad parental derivada de la patria potestad.

La SAP destaca de manera precisa otro argumento en el que apoya su planteamiento, en este sentido, se refiere a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1º, de fecha de 31 de diciembre de 2002, en la que se dispone que *“en ciertos casos mantener el proceso adoptivo sin justificación alguna, incluso prestada la negativa a la adopción, es lo mismo que defender que la pobreza es una causa para la pérdida de los derechos y deberes que tiene una madre, lo cual vulnera los más sagrados principios de protección a las familias que nuestra Constitución recoge”*<sup>8</sup>. Por tanto, llega incluso a entender que la negativa a poner atención en la falta de asentimiento de la madre, puede llegar incluso a ser una falta a nuestros principios normativos más importantes en relación con la adopción y el acogimiento de menores, pudiendo afectar a principios fundamentales discriminatorios por razón de pobreza.

La SAP reconoce por tanto que toda legislación de protección a menores debe procurar como objetivo principal la reintegración a su familia biológica como objetivo fundamental de la intervención, cuestión que no se ha planteado en ningún momento por parte de la entidad pública, y que a ojos de la AP se considera prioritario.

Respecto de la situación del menor durante este procedimiento, lo cual es el fundamento en el que la AP se basa en todo momento para su declaración, indica que, no entiende por qué tan pronto la decisión de optar por el acogimiento previo a la adopción del menor, ya que la situación de desvinculación maternal con un bebé tan pequeño es absolutamente tratable, y que no tendría por qué ser una situación definitiva, ya que existen posibilidades legales alternativas, como continuar con el acogimiento familiar y con un determinado régimen de visitas, siempre

---

<sup>7</sup> Cfr. Fundamento de derecho 2º SAP

<sup>8</sup> Cfr. Fundamento de derecho 2º SAP

sometiendo a estudios psicológicos a la madre biológica, para intentar que se le permita recuperar a su hijo<sup>9</sup>.

La SAP precisa el marco jurídico en el que se basa la misma, invocando fundamentalmente diversos artículos referentes a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño<sup>10</sup>, formando esta normativa parte de nuestro ordenamiento interno, conforme a lo establecido en el art. 96.1 CE, y según dispone el artículo 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>11</sup>.

Es importante poner de manifiesto que la Audiencia Provincial aplica en su sentencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentada entre otras en la STEDH de 16 de noviembre de 1999, en el caso E.P contra Italia, en la que se consideraba que hubo violación del artículo 8 del CEDH, al rechazar los argumentos del gobierno, el cual defendía que estaba justificado declarar adoptable, en este caso, a la niña, a fin de proteger su derecho a que sus exigencias de crecimiento y desarrollo no quedaran comprometidas por la presencia peligrosa de la demandante, que sufría trastornos psíquicos patológicos<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. Fundamento de derecho 2º SAP

<sup>10</sup> Cfr. Fundamento de derecho 3º SAP, que hace referencia a los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño:

Art. 8.1 Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Art. 9.3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

<sup>11</sup> Cfr. Fundamento de derecho 3º SAP, que hace referencia al Artículo 3 LO 1/ 1996 de Protección Jurídica del menor y a los Instrumentos Internacionales:

“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.”

<sup>12</sup> Fundamento de derecho 5º SAP

El fundamento de derecho sexto de la sentencia, determina que al parecer la situación de la demandante ha mejorado con el tiempo, “debido a que ella ha hecho un gran esfuerzo para lograr una estabilidad personal a nivel laboral y social”, y aún así considerando la motivación del juez de primera instancia relativo a la imposibilidad estructural de la demandante de establecer un vínculo afectivo con su hijo, entiendo que se trata efectivamente de una motivación insuficiente, sobre todo “teniendo en cuenta que los trascendentales derechos e intereses en juego exigen un canon de motivación reforzado en cuanto la resolución afecta a derechos fundamentales reconocidos en los Tratados Internacionales”.

La SAP estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la madre biológica, revocando la resolución de primera instancia, reconociendo que será necesario el asentimiento de Omorefé respecto de la adopción del menor, desestimando la petición de que dicho menor sea restituido a su guarda y custodia, y debiendo permanecer en situación de acogimiento familiar.

El Juez de Primera Instancia, tras la consideración de la SAP, anula la medida de acogimiento familiar preadoptivo mediante auto de 3 de febrero de 2014, revocando su sentencia originaria.

### **2.2.3 AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS: AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La DGFI del Gobierno navarro recurrió en casación ante el TS, el cual fue inadmitido mediante auto de 4 de junio de 2013 por considerarse ausente de interés casacional.

Respecto de la resolución de la AP de Pamplona de 10 de febrero de 2012, la DGFI del Gobierno de Navarra, en un informe de 11 de septiembre de 2014, trató de constatar los vínculos afectivos del menor con su familia de acogida con la que residía prácticamente desde su nacimiento, resultando de ello un informe psicoevolutivo del menor de fecha 1 de diciembre de 2014, que recoge el motivo principal por el cual el contacto del niño con su madre biológica podría resultar perjudicial para él, debido a posible inestabilidad emocional que ello pudiera causarle.

Tras la emisión de este informe, la AP de Pamplona revocó mediante auto su anterior sentencia 27/2012 interpretando el artículo 177 CC, autorizando así la adopción del hijo biológico de la demandante a pesar de la falta de asentimiento de ésta, y la opinión contraria de la fiscalía.

En vistas de esta resolución, la demandante decide interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual fue declarado inadmisibile por ser carente de relevancia constitucional.

Tras todo el procedimiento judicial en España, y observando que se han agotado las vías internas, Pat Omorefe considera que la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles, y de la DGFI del Gobierno de Navarra ha sido insuficiente y ha vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, alegando que no se ha respetado su derecho a la vida familiar y privada, y que la Administración Pública ha podido causar injerencia negativa en el ejercicio de su derecho.

#### **2.2.4 RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

La demanda interpuesta por la Sra Pat Omorefe, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se centra en alegar una presunta violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual dispone el derecho al respeto que toda persona debe tener respecto a su vida privada y familiar. En el segundo apartado del artículo se reconoce que *“no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

Respecto a la admisibilidad de la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, es importante destacar como requisito formal, el agotamiento de los recursos internos por parte de la demandante. No obstante, el Gobierno español alega una falta de utilización de todos los recursos internos, indicando que respecto a la resolución administrativa que reconoce la situación de desamparo del menor, la demandante en ningún momento habría intentado impugnar la misma.

Respecto a estas alegaciones por parte del Gobierno español, la demandante señala varios puntos importantes, de cara al planteamiento y resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este caso, la demandante apela en primer lugar a que fue ella misma quién solicitó la situación de desamparo del menor. En un ejercicio de responsabilidad, la madre biológica considera que no se encuentra en condiciones de cuidar y atender las necesidades de su pequeño, y por ello decide solicitar esta declaración. Respecto a la patria potestad, la demandante indica que la declaración de desamparo/abandono, no lleva consigo la pérdida de la patria potestad, sino la suspensión de esta, siendo posible de esta manera la recuperación de la misma, tras un período de tiempo, si se dieran las circunstancias oportunas para ello. En este sentido, sería el Tribunal y no ella quien decidiría, si cumplidos o no los objetivos planteados, recupera o no la patria potestad. La administración, en este caso, es quien debe demostrar si existe un motivo para la pérdida de la patria potestad. Por otra parte, la demandante se queja formalmente del inicio del procedimiento de adopción de su hijo biológico, el cual se habría iniciado sin su consentimiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a raíz de las consideraciones de la demandante, rechaza la alegación del Gobierno, en lo que respecta al agotamiento de los recursos internos, y estima la demanda de Pat Omorefe, en virtud del artículo 35 del Convenio<sup>13</sup>, considerando la misma fundada y admisible.

En la resolución se recogen las alegaciones de las partes, realizadas posteriormente a la admisión de la demanda. El Gobierno opta por alegar que el procedimiento de decisiones internas respecto de este caso siempre había sido justo y equilibrado, preservando el derecho a la vida familiar del demandante y del menor. Trata de hacer hincapié en el interés superior del menor, declarando que siempre debía prevalecer sobre el de sus padres biológicos, considerando que las autoridades judiciales españolas estaban en mejor posición para esta evaluación.

---

<sup>13</sup> Art. 35 CEDH. Condiciones de admisibilidad

1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34 cuando: a) sea anónima; o b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos. 3. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda. 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento

La demandante funda sus alegaciones en la falta de esfuerzos y de consideración por parte de la DGFI del Gobierno de Navarra para la recuperación de la patria potestad. Considera que la asunción de la tutela de su hijo fue la mejor decisión debido al desamparo del menor, pero alega que no fue interpelada por la Administración de Navarra hasta 4 años después, en 2013.

Esta afirmación debe considerarse importante, ya que, tras esos 4 años, el motivo por el cual se interpela a la demandante fue por una sentencia de la Audiencia Provincial en la que estima la anulación de la medida de acogimiento preadoptivo, por la falta de consentimiento de la madre biológica.

En este momento, es importante destacar que la Administración al principio del procedimiento, tras la declaración de desamparo, decidió establecer unos objetivos, cumplidos los cuales, la madre biológica podría recuperar la patria potestad. En las alegaciones, la demandante señala que en el transcurso de esos 4 años trató de mejorar su situación, considerando que tras la obtención de un permiso de residencia y otro de trabajo, demostraba que ya no se encontraba en una situación de exclusión.

Por ello, la demandante considera fundamental que se hubiera valorado su cambio de circunstancias antes de estos cuatro años, y por ello solicita que se declare la existencia de una violación del artículo 8 del Convenio<sup>14</sup>.

El Gobierno, tras estas alegaciones, se refugia en su versión, indicando que se le permitió a la demandante permanecer en contacto con su hijo, y concediendo al menor una clara situación de seguridad junto a su familia de acogida, creando así un entorno adecuado para su desarrollo.

Tal y como se estudiará a lo largo del Trabajo Fin de Grado, el TEDH sostuvo de forma unánime, que en el caso Omorefe contra España, se produjo una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al respeto a la vida privada y a la vida

---

<sup>14</sup> STS, Sala 1ª, de 31 de julio de 2009 (Ponente: Excmo Sr Juan Antonio Xiol Ríos), en la que se aplica la doctrina del interés superior del menor, valorado en una situación de desamparo.

El TS establece como doctrina jurisprudencial en materia de reinserción en la familia biológica, aclarando dos aspectos fundamentales:

1. El juez, al examinar el caso concreto, deberá contemplar la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en el que se declaró, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.
2. Cómo se debe ponderar el interés superior del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que justifique la reunificación familiar

familiar. Por ello, y en virtud del artículo 46 del CEDH, el Tribunal instará a los tribunales españoles a que vuelvan a examinar la situación de la madre y de su hijo menor, y que estudien la posibilidad de volver a establecer contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual del niño y de su interés superior.

### **3. GUARDA Y ACOGIMIENTO DEL MENOR**

#### **3.1. ACOGIMIENTO FAMILIAR**

En el caso objeto de análisis el menor, tras ser declarado en situación de desamparo, y al ser menor de 3 años, fue acogido por una familia de conformidad con lo dispuesto en el art. 173 CC.

La figura del acogimiento se regula a nivel nacional y autonómico<sup>15</sup>, y también tiene un marco internacional y universal que se recoge en la Convención de los Derechos de los Niños, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España en 1990<sup>16</sup>. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, recoge por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura del acogimiento, dotándola de sustantividad propia e incluyendo una regulación específica en el Código Civil. Hasta ese momento el acogimiento, llamado también por la doctrina con nombres dispares como “prohijamiento, albergue en familia o colocación familiar” se encontraba disgregado en distintas disposiciones administrativas, pero sin unidad ni claridad suficiente.

Como indica Abad Arenas con “la Ley 21/1987 se origina un profundo cambio de la acción social en favor de la protección del menor; se establece un sistema centrado en los derechos del menor y en su supremo interés y, con la instauración de esta medida se da respuesta al derecho fundamental que ostenta todo menor, concretado en la posibilidad de poder desarrollarse en el contexto de una familia”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> En este caso, Decreto Foral de Navarra 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores.

<sup>16</sup> Art. 21 de la Convención de los derechos del niño

<sup>17</sup> ABAD ARENAS, ENCARNACIÓN. El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del código civil, Quaderns de Polítiques familiars, Revista de l' Institut d'Estudis Superiors de la Família, ISSN: 2385-5215/2385-5223 (online), pág.1 (www.raco.cat)

Ya con posterioridad, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción es modificada mediante la LO 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, que introduce el art. 173 bis donde se recogen las distintas medidas de acogimiento, a las que más tarde se hará referencia.

En este aspecto el *artículo 173. 1 CC* establece que “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurar una formación integral en un entorno afectivo”

El acogimiento parte de una premisa previa que es el desamparo del menor, que el *art 172 de Código Civil* define como aquella situación que “se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”<sup>18</sup>. Una vez determinada la situación de desamparo del menor, de acuerdo al art. 172.1 del Código Civil pesa sobre la Administración la obligación de la tutela del mismo y la adopción de las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”.

Estas medidas de protección necesarias que debe ejercer la Administración para la guarda del menor desamparado, de acuerdo al art. 172.ter CC se pueden realizar de dos maneras, o mediante el acogimiento familiar, como es el caso del hijo biológico de Pat Omorefe, y, si este no fuera posible o conveniente para el interés del menor, se realizará mediante el acogimiento residencial”. La LO 1/1996 de 15 de enero establece la prioridad, siempre que sea posible del acogimiento familiar al residencial, al establecer en su *artículo 11.2* que “Los poderes públicos deben procurar el mantenimiento del menor en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.”

---

<sup>18</sup> Sobre el acogimiento familiar, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coordinador), Manual de Derecho Civil. Derecho de familia, Bercal S.A, 2021, 6ª edición, pág. 294 y ss.

Además, esta Ley y su posterior reforma puntualizan en que no se podrá optar por el acogimiento residencial para niños menores de 3 años, como en el caso enjuiciado, salvo por causas que lo imposibiliten. Con todo ello, el acogimiento residencial para menores de hasta 6 años, no podrá ser en ningún caso superior a los tres meses.

Dentro del acogimiento familiar, el art. 173 bis CC diferencia entre el llevado a cabo por la propia familia extensa del menor y la familia ajena. A este respecto puede considerarse como familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta el tercer grado, entre la persona menor y las personas solicitantes del acogimiento. El acogimiento en familia extensa tiene carácter preferente con respecto al acogimiento en familia ajena.

El art. 173 bis del CC establece tres modalidades diferentes del acogimiento familiar:

a.- *de urgencia*, para menores de 6 años, con una duración no superior a 6 meses en tanto no se decida la medida de protección personal que corresponda.

b.- *temporal*, de carácter transitorio, con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

c.- *permanente*, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.

En el caso enjuiciado, en un principio el acogimiento familiar temporal fue la medida decidida por la DGFI del Gobierno de Navarra para la protección del menor, que no podía vivir con sus progenitores, tal y como solicitó la propia madre. El objetivo fundamental en este caso fue la integración del menor en una nueva familia, cuyo compromiso por cuidarlo y educarlo como un miembro más de la familia debe ser total y absoluto.

Cuando un menor se encuentra en situación de desamparo, la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de los menores, tiene por ministerio de ley, la guarda y tutela del menor, debiendo siempre adoptar las medidas necesarias para lograr ese fin. Es importante la diferenciación entre la tutela y la guarda del niño, mientras que la tutela permanecerá por ministerio de ley, encomendada a la Entidad Pública; la guarda se realizará mediante el

acogimiento familiar, mientras esta medida sea factible. En el caso objeto de estudio, la custodia del menor está en la familia de acogida, recayendo la tutela siempre en la administración<sup>19</sup>

De conformidad con la legislación española, tras la declaración de acogimiento, el menor deberá participar plenamente en la vida familiar, e impone a quien lo recibe las obligaciones de cuidado, educación, alimentación y formación, siempre en un entorno afectivo y beneficioso para el menor acogido<sup>20</sup>.

### **3.2. ACOGIMIENTO PREADOPTIVO**

El menor sobre el que se centra el caso de estudio, se encuentra en una situación de acogimiento familiar temporal, siendo este de carácter transitorio (en este caso, de duración de menos de dos meses), ya que la previsión se centra en el acogimiento familiar preadoptivo, en vistas de que la progenitora materna no podía cumplir en ese momento las condiciones necesarias para el cese de suspensión de la patria potestad, y debiera adoptarse una medida de protección definitiva más estable.

El objetivo del “acogimiento preadoptivo” es siempre la adopción, a pesar de ello, en el acogimiento no siempre se propone como finalidad, ya que puede ser temporal o permanente (hasta que el menor alcance la mayoría de edad, por ejemplo).

El “acogimiento preadoptivo” no existe como figura legal, no obstante, con la nueva Ley 8/2015 de Sistema de Protección de la Infancia y la adolescencia, aprobada en julio de 2015, para evitar situaciones de conflicto y vacío legal en este aspecto, se procede a regular *ex novo* a nueva y denominada “guarda con fines de adopción”, constituyendo esta como una fase más del procedimiento de adopción. Esta previsión legal permite que, con anterioridad a que la entidad pública formule la correspondiente propuesta al juez para la constitución de la adopción, puede iniciarse la convivencia provisional entre las personas idóneas para esa adopción, y el menor, hasta que se dicte la resolución correspondiente<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Salvo que el centro haya solicitado al Juez de Primera Instancia que atribuya algunas facultades de la tutela a la familia de acogida, para facilitar el desempeño de sus funciones y en todo caso, siempre conforme al interés superior del menor.

<sup>20</sup> Art. 173 CC

<sup>21</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición, pág. 361. (comentario del artículo 176 bis CC)

El comúnmente llamado acogimiento preadoptivo es aquel que tiene como finalidad la adopción, ya que tras un período de acogimiento familiar temporal, se recurre a una medida de protección definitiva y más estable en aras de comprobar que la integración del menor en la unidad familiar resulta favorable y beneficioso para su desarrollo<sup>22</sup>.

El acogimiento familiar preadoptivo puede utilizarse como medida de protección durante la tramitación judicial de la adopción, tras elevarse esta al juez de forma inmediata, y sólo en determinados y excepcionales supuestos, será precisa para el aseguramiento del éxito de la posible y futura medida, previo a la presentación al juez de la demanda de adopción.

Como se ha mencionado en el párrafo anterior, el procedimiento de adopción se inicia y prosigue su tramitación mientras el menor se encuentra en situación de acogimiento preadoptivo. Para poder hacer efectiva su tramitación es necesario que se cumplan con todos los procedimientos y requisitos legales; por ello, lo común es que una vez iniciados estos trámites, la adopción finalmente se formalice y sea definitiva. Sin embargo, en ciertos casos atípicos y poco frecuentes, es posible que el proceso no culmine en adopción, restaurando al menor en la situación previa.

### **3.3. ADOPCIÓN**

Tal y como se ha señalado, en el caso enjuiciado el menor tras ser acogido por una familia, pasó en tan sólo dos meses a una situación de acogimiento previo a la adopción, siendo posteriormente dado en adopción.

La adopción es una institución civil recogida en el artículo 175 y ss, a través de la cual, bajo la protección y vigilancia del Estado y sus Administraciones, se logra establecer una relación paternofamiliar entre personas, que por su origen, no la tienen. La adopción busca la creación de un vínculo de parentesco jurídico, que produce los mismos efectos que la filiación natural u originaria, a pesar de ser creada en base a Derecho<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre el acogimiento familiar preadoptivo, véase LASARTE, CARLOS, Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI, Marcial Pons, 2006, 5ª edición, págs. 450-451.

<sup>23</sup> Sobre la adopción, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Manual de Derecho Civil. Derecho de familia, Bercal S.A, 2021, 6ª edición, pág. 295 y ss.

Su objetivo principal consiste, como podemos observar en el caso estudiado, en dotar de protección al menor, el cual carecía de una vida familiar junto a su familia de origen; y que por consecuencia de esta situación, su retorno a la misma se ha considerado imposible por las autoridades administrativas y judiciales. La declaración de adopción produce efectos inmediatos para la tutela y patria potestad del menor, el cual se incorporará de manera automática a su nueva familia.

Es importante destacar el origen etimológico de la palabra “adopción”. Procede de la palabra latina *adoptare*, *ad* y *optare*; la cual implica un deseo o una voluntad de hacer algo. Por ello, podemos decir con claridad que se trata de un acto voluntario y completamente libre, que en consecuencia del mismo se construye un vínculo de filiación entre los adoptantes y el adoptado.

El principio inspirador que normalmente daba lugar a los procesos de adopción era el profundo deseo y voluntad de paternidad de aquellos no pueden, por diversas razones, formar una familia biológica. Este concepto en la actualidad se ha reconducido, sirviendo como base de los procesos de adopción, la atención primordial al interés del menor, priorizando su bienestar ante los deseos de los adultos.

Debido a la inspiración fundamental en la regulación de la adopción, en base al interés superior del menor, se ha reformado sustancialmente el procedimiento de adopción durante todos estos años, haciendo progresivas modificaciones, a mi juicio cada vez más severas, respecto a los procedimientos en los que se vean afectados menores de edad.

El artículo 175 del CC sienta las bases de la adopción respecto a las condiciones personales que deben cumplirse, tanto por parte del adoptante como del adoptado, siendo así que no se podrá adoptar hasta alcanzar los 25 años, salvo en el caso de que sean dos progenitores, que bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad, además la diferencia de edad entre adoptantes y adoptado debe ser superior a 16 años, y no superar los 45 años.

Respecto a los adoptados, únicamente podrán serlo los menores no emancipados, y únicamente podrán ser adoptados mayores de edad o menores emancipados, si previamente a la adopción, hubiere existido una situación de acogimiento, o de convivencia estable con los adoptantes, de al menos un año.

Posteriormente, el artículo 176 del CC regula el procedimiento de adopción, la cual se constituirá por resolución judicial, teniendo siempre en cuenta el interés del adoptante y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Estos dos conceptos limitan la posible posterior resolución de adopción, siendo el interés superior del menor, como he mencionado anteriormente, el presupuesto principal y fundamental de la constitución de esta figura jurídica.

El procedimiento da comienzo con el inicio del expediente de adopción, el cual se iniciará con la propuesta de la Entidad Pública de la parte adoptante declarada anteriormente idónea para ello. La capacidad para adoptar viene determinada por el cumplimiento de unos requisitos legales objetivo no susceptibles de valoración, por tanto, para que una persona sea capaz de adoptar, es necesario valorar si reúne unas condiciones de idoneidad adecuadas para la adopción. Esta valoración está prevista en las normas internacionales, en concreto en el Convenio europeo en materia de adopción de menores, que establece en su artículo 10, la obligación de la autoridad competente de efectuar las correspondientes investigaciones en relación con el adoptante, de forma que sólo podrá declarar la adopción si se ha cumplido con ese deber. Con la LOPJM se incluyó como requisito legal en nuestro Código Civil la declaración de idoneidad, en concreto el artículo 176 CC<sup>24</sup>.

La idoneidad debe ser considerada en relación con la patria potestad, por ello, tras una larga tramitación, se consiguió en la Ley 26/2015, la modificación del artículo 176 CC, con el objetivo de homogeneizar el concepto de idoneidad en los procedimientos de adopción, así unificando los criterios autonómicos en los términos exigidos en la Ley de Adopción Internacional.

Tras esta reforma, se incluyó una definición clara de idoneidad en el nuevo artículo 176.3 CC, disponiendo que la idoneidad es *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*.

Respecto al adoptado, cabe decir, como dispone el artículo 175. 4 del CC, que nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que se realice de forma conjunta por ambos cónyuges

---

<sup>24</sup> MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA, La adopción en el derecho común español, se refiere a estas notas sobre la idoneidad. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pag. 119.

o por una pareja unida por análoga relación de afectividad. Solo en el caso de muerte del adoptante, podrá ser posible una nueva adopción del adoptado. De conformidad con el artículo 178 del Código Civil, se establece una clara regulación respecto a los efectos que proporciona la adopción de un menor, y se refiere a la extinción total de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Es un precepto de vital importancia, ya que dispone la obligatoriedad de cesar cualquier vínculo del menor con su familia de origen, salvo ciertas excepciones delimitadas por la ley, en casos concretos.

En el caso objeto de estudio, es importante dejar constancia de las posibles consecuencias que la STEDH comentada, de 3 de junio de 2020, tendrá en la adopción del menor, tal y como se verá más adelante.

#### **4. CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES**

A continuación, se abordan las cuestiones más relevantes en los procesos de guarda, acogimiento y adopción del hijo biológico de Pat Omorefe.

##### **4.1 SITUACIÓN LEGAL DE DESAMPARO**

La situación legal de desamparo, solicitada por la madre biológica, da inicio al proceso de guarda y acogimiento del menor, por lo que resulta un elemento clave en el caso objeto de estudio.

El art. 39 CE<sup>25</sup>, dentro de los principios rectores de la política social y económica, ordena a los poderes públicos un deber especial de protección jurídica de la familia, con el fin de asegurar la “protección integral de los hijos”, especialmente de los menores de edad, estableciendo a su vez el deber de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se puede considerar el máximo exponente jurídico de

---

<sup>25</sup> Art. 39 CE 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

la necesidad de otorgar una especial protección a las personas menores de edad, creando un marco normativo que satisfaga tanto las necesidades familiares como personales de los menores y de sus familias, siempre velando en primer lugar por el interés superior del menor en todos los aspectos de sus vidas.

Casi 20 años después de la entrada en vigor de esta Ley, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia, reforman sustancialmente el régimen jurídico de protección del menor en España, permitiendo así el continuo desarrollo de la materia, con el objetivo de garantizar a los menores un amparo uniforme en todo el territorio nacional<sup>26</sup>.

El art. 18 de la Ley 26/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, regula las actuaciones que deberán seguirse en situación de desamparo, remitiendo su contenido en primer lugar al artículo 172 y ss del CC, y desarrollando las causas de desamparo, y las pautas que deberán seguirse para adoptar y formalizar la medida de protección del menor.

El desamparo es un concepto jurídico “relativamente indeterminado”, y así, la LOPJM, distingue entre situaciones de riesgo, reguladas en su artículo 17, y las situaciones de desamparo, contempladas en el artículo 18. Su principal diferencia radica en la actuación de la Entidad Pública respecto de cada situación. Respecto de la situación de riesgo, la EP debe intentar eliminar los factores de riesgo existentes, pero en el seno de la familia, aplicando las medidas que considere necesarias para lograr este objetivo. De otra manera, en las situaciones de desamparo, es la Entidad Pública quien asume la tutela del menor<sup>27</sup>.

El art. 172 CC dispone que, para formalizar la situación legal de desamparo, propuesta por la Entidad Pública o a instancia de parte, o a solicitud del Ministerio Fiscal, se emite una resolución administrativa que declare esta situación, la cual se notifica a los progenitores,

---

<sup>26</sup> Es interesante destacar la reforma normativa que se llevó a cabo respecto del artículo 172 del Código Civil, el cual desde 2015 se desdobló en tres diferentes artículos, con objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (art. 172), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores del menor (art. 172 bis), y de las medidas de intervención que deberán llevarse a cabo en ambos supuestos (art. 172 ter) mediante el acogimiento residencial y familiar.

<sup>27</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), pág. 348 (comentario del artículo 172 CC)

tutores o guardadores, y al menor si tuviera esta suficiente madurez, y en todo caso, siempre que sea mayor de 12 años.

Al deber especial de protección, recogido en el art. 39 CE, se refiere el *artículo 172.1 CC* cuando señala que la situación de desamparo es aquella que “se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. El precepto hace referencia a las dos vertientes que deben concurrir para la existencia de la situación de desamparo, por un lado, el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección enumerados en el art. 154 CC, y la falta de la necesaria asistencia moral y material<sup>28</sup>.

A colación de este último razonamiento, es fundamental la reflexión que realiza Bercovitz, en su obras “Comentarios al Código Civil”, el cual indica que “el desamparo requiere de la existencia de dos requisitos acumulativos, uno de resultado que se compone de la falta de asistencia moral o material, lo cual es un concepto jurídico indeterminado que merece una interpretación estricta de búsqueda del equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de las relaciones paterno- filiales; y otro causal, que dicha privación se haya producido a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores”.<sup>29</sup>

Así queda reconocido en la SAP de Pontevedra de 19 de mayo de 2010 (JUR 2010\337901), la cual establece que «para que exista la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia; y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de tal asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo que

---

<sup>28</sup> De este modo, EGEA FERNÁNDEZ, Doctrina Constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública, sobre SSTC 298/1993 de 18 de octubre y 260/1994 de 3 de octubre, Derecho Privado y Constitucional, Nº 5, enero-abril, 1995, destaca que de la definición que proporciona el art. 172 del CC se desprende que para apreciar la situación de desamparo se requiere una conducta de los padres o guardadores (si existiesen) y un resultado, que se concreta en la repercusión negativa que la citada conducta, o la falta de dichas personas, produce sobre el menor, de forma que por esta circunstancia se vea privado de la necesaria asistencia moral o material.

<sup>29</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), pág. 347 (comentario del artículo 172 CC)

dará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública, que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos».

La declaración de desamparo lleva consigo la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, y es posible su posterior recuperación<sup>30</sup>. El mismo artículo 172 CC dispone que los progenitores que tengan suspendida la patria potestad, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa, podrán solicitar a la entidad pública que cese y revoque la suspensión, por cambio de las circunstancias que motivaron esta resolución, entendiéndose que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Transcurrido este plazo de dos años, será únicamente el Ministerio Fiscal quien estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública, no obstante, los progenitores podrán informar de cualquier cambio en las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo. Es importante indicar que la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal podrá revocar esta situación, siempre que sea lo más adecuado para el interés del menor. Respecto del caso objeto de estudio, es importante la referencia arriba destacada, ya que la madre biológica es quien toma la decisión de solicitar ante la Administración, la declaración de desamparo de su hijo, considerando que no se encuentra en óptimas condiciones, ni personales ni económicas como para poder mantener, cuidar y ayudar a su hijo en un ambiente de desarrollo beneficioso y adecuado, a su edad y a sus necesidades.

A consecuencia de la modificación de 2015, la situación que recoge el artículo 172 bis del CC, la llamada guarda voluntaria o administrativa, y reconocida también en los artículos 19 y sigs. de la LO 1/1996, dispone que «además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la entidad pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias», de ello se desprende que sólo cabría su constitución cuando no se observan otros factores que impliquen una posible situación de desamparo (como las mencionadas en el art. 172 CC).

---

<sup>30</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales, 2ª edición, La Ley, Wolters Kluwer, 2010, pág. 147, "La declaración de desamparo lleva implícita la asunción por parte de la Entidad Pública de la tutela del menor, y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria."

Por tanto, se entiende que debe requerirse que los titulares de la patria potestad, por motivos ajenos a su propia voluntad, no puedan atender de forma adecuada al menor. Es necesario en estos casos, según la doctrina, que no exista desinterés o descuido en el desempeño de las funciones de los progenitores, pero en ningún momento se debería interpretar como una sanción por su falta de diligencia en el cuidado del menor, ya que lo que se pretende es mejorar las condiciones de cuidado del menor, evitando que se derive en una situación de desamparo<sup>31</sup>.

En relación con el marco normativo del artículo, cabe destacar que el progenitor que solicite esta medida de protección deberá hacerlo siempre por causas graves y transitorias siempre debidamente acreditadas, y que, de esta manera, al igual que indica el artículo 172 CC, la Entidad Pública podrá asumir su guarda durante un tiempo máximo que no puede exceder de dos años, salvo que el interés superior del menor requiera una prórroga.

En el caso enjuiciado la madre ante la imposibilidad de cuidar a su bebé, por motivos ajenos a su voluntad, como la falta de recursos económicos o los problemas con la residencia legal en el territorio español, decide de manera voluntaria solicitar la declaración de desamparo de su hijo a la entidad pública de conformidad con lo dispuesto en el art. 172 CC, para que así el menor pudiera tener una vida digna y gozar de cuidados que su madre no podría darle.

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podría plantearse la duda de por qué Pat Omorefe no decidió solicitar la medida de guarda voluntaria<sup>32</sup>, ya que por motivos ajenos a su voluntad no podía atender de forma adecuada al menor, sin que existiera despreocupación, desinterés o descuido de sus funciones materno filiales. Con esta opción resultaría más fácil recuperar la custodia del menor, ya que, su factor principal es el de la temporalidad, y la Entidad Pública deberá elaborar un plan individual de protección en el que se incluirá un programa de reintegración<sup>33</sup>. Por estos motivos considero que hubiese sido más oportuno en este caso esta

---

<sup>31</sup> **Artículo 19. CC Guarda de menores.**

1. Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

2. La guarda voluntaria tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo.

En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional.»

<sup>32</sup> Recogida en el artículo 19 de la LOPJM, e incorporada al artículo 172 bis CC, tras la reforma legal del año 2015

<sup>33</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora) BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), págs. 350 y 351 (comentario del artículo 172 bis y 172 ter CC)

opción, en vistas de un acogimiento únicamente temporal, con el objetivo de reunificar la familia biológica, y revocar la declaración de desamparo, resolviendo la suspensión de la patria potestad.

No obstante, a pesar de ser la opción más deseable para los intereses de la madre biológica, es cierto que, la guarda voluntaria tiene su naturaleza en factores graves y transitorios, al menos previsiblemente, y por tanto, la situación de Omorefe no se corresponde ciertamente con este caso, ya que es una situación muy compleja en todos los ámbitos de su vida familiar, económica y personal, y no meramente una circunstancia momentánea, a pesar de ser breve o no, como un accidente, una enfermedad o un trabajo temporal en un lugar distinto al de la residencia habitual.<sup>34</sup> Así se debe considerar que, no sería suficiente una simple medida de protección de guarda voluntaria, por no ser la adecuada para el desarrollo del menor, es por ello que, solicita de manera directa el desamparo.

Dada la trascendencia de la declaración de desamparo, al suponer la suspensión de la patria potestad, es importante destacar la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 27 de octubre de 2014 (recurso número 2762/2013 y ponente señor Baena Ruiz), que establece que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección». No obstante, según la doctrina del TS, se observan casos, que, debido a su gravedad, se entiende que los menores están sometidos a guarda y también se encuentran en situación de desamparo, ello interpretado a la luz del principio de interés superior del menor.

En el caso objeto de estudio nos encontramos ante una situación de guarda provisional, que debe distinguirse de la guarda voluntaria y de la guarda con fines de adopción (“acogimiento preadoptivo”). En relación con el desamparo, es fundamental conocer los pasos previos a esta declaración, no siendo siempre el mismo procedimiento, ya que depende siempre del caso concreto, y del interés superior del menor. La guarda provisional atiende a las situaciones de urgencia, mientras se determina la posibilidad de la declaración de desamparo. La Entidad Pública, tiene la obligación de prestar atención inmediata a cualquier menor en situación de riesgo o de desamparo, y por ello podrá asumir la guarda provisional de un menor, mediante

---

<sup>34</sup> STS de 14 de noviembre de 2011, RJ 2012, 3390

resolución administrativa, previa comunicación al Ministerio Fiscal. Tras asumir su guarda, se deberá identificar y constatar su situación, adoptando las medidas de protección que se consideren necesarias, y en su caso, determinar la situación de desamparo del menor y la asunción de su tutela<sup>35</sup>.

Como conclusión, analizando la sentencia objeto de comentario, y para entender el procedimiento que se lleva a cabo respecto de la declaración de desamparo del menor, es importante destacar que la madre biológica es quien, directamente, solicita a la Entidad Pública que se declare a su hijo en situación de desamparo. De esta manera, su objetivo era que su hijo pudiera crecer y desarrollarse en un ambiente y bajo unas condiciones adecuadas a sus necesidades, ya que nació siendo un bebé prematuro, necesitado de una gran atención y cuidado.

Por tanto, el procedimiento de declaración de desamparo del menor no resultó un problema para la administración, ni para la madre biológica; partiendo de esta situación para continuar con el procedimiento, cuyo objetivo debería haber sido la reunificación familiar cuando la madre estuviera en condiciones, revisando su situación en plazos temporales más breves, para así no perjudicar al interés superior del menor, y respetando los derechos de su madre, tal y cómo al final acabó reconociendo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por violación del artículo 8 del CEDH.

## **4.2 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

El interés superior del menor es el principio sobre el que se fundamentan todas las resoluciones judiciales y administrativas durante el procedimiento objeto de estudio. Por tanto, es fundamental realizar un análisis profundo del mismo, destacando sus puntos fundamentales en relación con el hijo biológico de Pat Omorefe.

Se considera al interés superior del menor como el principio fundamental que debe regir en todos los procedimientos relativos a guarda, custodia y adopción de menores, y es fundamental tener claro que cualquier medida que se adopte en relación a estas cuestiones será de vital importancia para la vida y el desarrollo del menor en las etapas más relevantes de su vida, la infancia y adolescencia, hasta que alcanzan la mayoría de edad. Es cierto que su análisis puede llegar a ser muy complejo, y que determinar si el menor debe permanecer junto a su familia

---

<sup>35</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora) BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), pág. 350 (comentario del artículo 172 CC)

biológica, o modificar su situación, trasladándose a una familia de acogida, es muy difícil, ya que va a ser una decisión de carácter fundamental para su estabilidad y crecimiento.<sup>36</sup>

La RAE define este principio como “el derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado”. Este concepto es igualmente expresado al comienzo del artículo 2 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. En este precepto se clarifica el principio de estudio, determinando que el interés superior del menor prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en cualquier decisión relevante para la vida y desarrollo del niño/a. Considero que es preciso analizar el segundo punto del artículo 2 de esta Ley, el cual indica que en vistas de la aplicación en cada caso concreto, se tendrán en cuenta siempre unos criterios generales, sin perjuicio de la concreta legislación aplicable, tal y cómo se verá posteriormente.

Para abordar el concepto de interés superior del menor, es importante conocer el alcance que este principio tiene en nuestro derecho. Conviene subrayar que el interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de familia, y que, por tanto, cualquier decisión respecto de una cuestión familiar en la cual intervengan menores, y les afecte, se debe valorar el interés superior del menor como interés que debe prevalecer ante otros intereses legítimos.<sup>37</sup>

A consecuencia de ello, hay que tener siempre presente en los casos en los que se encuentren involucrados menores, que, a la hora de trasladar los principios legales y doctrinales al caso concreto, hay que valorar independientemente el interés superior del menor, considerando primordial este sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Por tanto es un principio que goza de una triple naturaleza, siendo un derecho fundamental, un principio y una norma de procedimiento.

Esta “triple naturaleza” se recoge de manera clara y precisa en la Observación general N° 14 del Comité sobre los Derechos del niño, que enuncia uno de los cuatro principios generales de

---

<sup>36</sup> Sobre el interés del menor en los supuestos de acogimiento y adopción, véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 117 y ss.

<sup>37</sup> Al respecto, véase CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, La privación de la patria potestad, Criterios doctrinales, legales y judiciales. La ley, Wolters Kluwer, 2ª edición, pág. 29

la Convención, siendo este el interés superior del niño, aplicándolo como un concepto que se encuentra siempre en movimiento, y que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto familiar e individual del menor<sup>38</sup>. Su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. No existe una jerarquía de derechos, ya que todos los derechos previstos deben responder al interés superior del menor.

El interés superior del menor fue recogido en el artículo 2 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el cual expresa que en el caso de aplicación casual del interés del menor se deberán tener en cuenta 4 criterios fundamentales, los cuales expresaré a continuación:

1. La protección del menor respecto de su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, además de la satisfacción de sus necesidades básicas (materiales, educativas, físicas, emocionales y afectivas).
2. El derecho del menor a participar en función de su edad y madurez en el proceso de determinación de su interés superior, teniendo en cuenta sus deseos, sentimientos y opiniones.
3. Se priorizará la permanencia en su familia de origen, y se preservará el mantenimiento de sus relaciones favorables, cuando estas sean positivas y posibles para el menor. Siempre se deberán valorar las posibilidades de retornar a su familia de origen, teniendo en cuenta la evolución de la familia de origen, primando siempre el interés del menor sobre el de su familia biológica<sup>39</sup>.
4. Preservación de la identidad, tradición, cultura, sexualidad o idioma del menor entre otros, preservando siempre la no discriminación por estos motivos, u otros como una posible discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

---

<sup>38</sup> Sobre la triple naturaleza mencionada, véase ORDÁS ALONSO, MARTA, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/015, de 28 de julio» Revista Doctrinal Aranzadi Civil nº 9/2016, pág. 4 y ss.

<sup>39</sup> De tal manera, CAPARRÓS CIVERA, NEUS, El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales. Rialp, Madrid 2001, señala que “tratará siempre de conseguir una reinserción en su familia biológica, si el interés del menor así lo aconsejara, teniendo presente en todo momento que, siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor, deberá orientar toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia”. Con ello, lo que hay que saber es que el acogimiento familiar pretende que no se produzca una ruptura con su familia natural y que la familia que se encargará de recibirlo, actúe conforme a las obligaciones que la ley le establece. Obligaciones referidas a los progenitores que podemos encontrar en el artículo 154 del CC . Por último, no hay que olvidar la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que trae consigo una serie de novedades referentes al acogimiento familiar y a cuál es la normativa vigente que se debe aplicar.”

El interés superior del menor, a pesar de ser un principio general y primordial en el derecho de familia, no puede limitarse ni regularse de manera objetiva en su totalidad. La razón que da lugar a la prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo, se sitúa en la condición de persona menor, en desarrollo de su personalidad humana, y que por tanto se encuentra en una situación de vulnerabilidad, merecedora de una mayor protección jurídica<sup>40</sup>. El interés superior del menor, desde un punto de vista genérico, tiene un escaso alcance jurisprudencial<sup>41</sup> y, por tanto, no se desprende de la misma un concepto normativo estándar del beneficio del menor, no obstante, se declara que las medidas que afecten al mismo deben observarse siempre de acuerdo a su estabilidad en aras de permitir un pleno desarrollo de su personalidad. Además, debe considerarse con carácter general, que los menores tengan el mayor contacto posible con sus progenitores, “a no ser que se manifieste dañino para el hijo”.<sup>42</sup>

Es importante, por tanto, conocer el alcance del llamado “principio de individualización del interés del menor”, el cual nos pretende aclarar los factores de los que puede depender este principio de interés superior del menor, en función del caso y la circunstancia concreta. Partiendo de un básico contenido material, respecto del interés del menor, es importante conocer de la indeterminación de dicho principio, exigiendo una tarea tendente a la ponderación del beneficio del menor según la circunstancia concreta analizada. Para valorar dicho principio, se deben tener en cuenta todas las circunstancias que puedan acreditarse respecto del interés superior de cada menor en cada familia, resultando de ello el régimen de guarda y custodia, y las medidas referentes a las estancias y comunicaciones<sup>43</sup>.

A juzgar por todo lo referente al interés superior del menor, es necesario hacer un análisis concreto de este concepto durante todo el procedimiento del caso objeto de estudio.

En primer lugar, la demandante, como madre biológica del menor solicita ante la Administración Pública, la declaración de desamparo de su hijo. Ello, a mi juicio denota un ejercicio de responsabilidad por parte de la progenitora, la cual, priorizando el interés de su

---

<sup>40</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, La privación de la patria potestad, Criterios doctrinales, legales y judiciales. La ley, Wolters Kluwer, 2ª edición, pág 40 y ss.

<sup>41</sup> En relación al “escaso alcance jurisprudencial”, del interés superior del menor, debo aclarar que me refiero desde un punto de vista genérico, ya que es un principio sujeto al caso concreto.

<sup>42</sup> SAP de Tarragona, de 24 de febrero de 1992 (Sección 2ª, Ponente: Ilma Sra. Concepción Aldama Baquedano), y en el mismo sentido, la SAP de Valencia, de 24 de febrero de 2000 (Sección 6ª, Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca).

<sup>43</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, La privación de la patria potestad, Criterios doctrinales, legales y judiciales. La ley, Wolters Kluwer, 2ª edición, pág 46 y ss.

hijo sobre cualquier otro, considera que debe solicitar esta declaración, para que pueda crecer y desarrollarse en un entorno favorable a sus necesidades.

En efecto, es importante decir también, que la madre biológica a pesar de determinar esta opción como la favorable de manera temporal para favorecer el bienestar de su hijo; considera que, cumplidos los objetivos que se le plantean, tendrá derecho a que su hijo retorne junto a ella, considerando esto importante durante el procedimiento de acogida del menor.

El Gobierno de Navarra, como demandado ante el TEDH, alega de manera firme que todas las resoluciones que se han emitido desde la administración y desde los Juzgados, han sido en vistas de favorecer el interés superior del menor, como presupuesto principal en la toma de todas las decisiones que le han afectado. Por ello, es importante entender este posible doble alcance del interés superior del menor en este caso concreto.

El artículo 8 del CEDH nos lleva a determinar una conclusión firme sobre el interés superior del menor en equilibrio con los derechos de su familia biológica. Es decir, que el interés del menor, por supuesto, siempre primando por encima de cualquier otro interés legítimo, debe estar en consonancia con los derechos que tiene la familia sobre su hijo.

Respecto de Pat Omorefe, tras el planteamiento por parte de la Administración de diversos objetivos, los cuales, si resultan cumplidos por la madre biológica, el niño podrá retornar junto a ella, y así recuperar la patria potestad del menor, podemos considerar que la Administración deberá procurar la revocación de la suspensión de la patria potestad, en caso de que se llegaran a cumplir los mismos.

Es importante destacar que, las alegaciones que realiza Omorefe ante el TEDH, se basan en lo que he mencionado en el párrafo anterior, y la supuesta falta de esfuerzo por parte de la Administración, para que el niño retorne con su familia.

Se puede observar una importante falta de actividad por parte de la Administración, que ocasiona graves resultados respecto de la futura consideración de lo que será el interés superior del menor. Ya que, tras convivir durante 7 años junto a su familia de acogida, lo normal es que el niño se encuentre en una situación estable emocional y familiarmente, y que su cambio de residencia y retorno junto a su madre biológica pueda resultar poco favorable para su estabilidad.

Efectivamente, llegado ese punto, el interés superior del menor ha cambiado, no es el mismo que años atrás, cuando la madre habría presentado su documentación referente a permiso de

trabajo y de residencia. Desde un primer informe de la DGFI en septiembre de 2009, cuando el niño no tenía ni un año, ya se plantea que en el momento en el que la madre consiguiera la aptitud necesaria para paralizar la suspensión de la patria potestad, ya habría pasado un tiempo considerable en el que el niño se habría adaptado a su nueva situación, y que “posiblemente” ello crearía, según la DGFI, graves traumas para el niño, debido a su costumbre en su familia de acogida.

En el artículo 8 del CEDH tratan el asunto de la “injerencia de la Entidad Pública”, y a colación de lo mencionado en el párrafo anterior, considero que la DGFI, ha causado una injerencia “indirecta” o un acto de profunda omisión ante las circunstancias del menor y su madre biológica, ya que su inactividad ha podido causar la modificación en el interés del menor, debido al paso del tiempo y a la corta edad del menor.

El TEDH, interpretando el artículo 8 del CEDH, insiste de manera firme en declarar que para un progenitor y su hijo, estar juntos es una situación que se debe considerar esencial respecto de la vida familiar. Por tanto, las medidas internas que impidieron esta circunstancia, constituyen de manera indirecta una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar reconocida en este artículo.

#### **4.3 PATRIA POTESTAD Y AUSENCIA DE ASENTIMIENTO**

En relación con la sentencia objeto de análisis resulta fundamental adentrarnos en los conceptos de patria potestad y asentimiento en la adopción, ya que son conceptos jurídicos de gran relevancia para la solución del caso.

El Código Civil regula la patria potestad en el *artículo 154 y ss*, y dispone, que todos los hijos e hijas, los cuales no estén emancipados, están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad consiste en una responsabilidad parental, la cual se deberá ejercer siempre en interés de sus hijos, de acuerdo con su personalidad y respetando sus derechos. Deberá ejercerse además conjuntamente entre ambos progenitores, si los hubiera, o incluso podrá ejercerse por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Sobre el acogimiento familiar preadoptivo, véase LASARTE, CARLOS, Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI, Marcial Pons, 2006, 5ª edición, pág. 388 y ss.

El concepto de patria potestad se encuentra definida en la STS, de 8 de abril de 1975, que considera esta figura jurídica como “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres, y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos en interés del menor, y no del titular”<sup>45</sup>.

El fundamento de la suspensión de la patria potestad se encuentra en el principio del “favor filii”<sup>46</sup>, el cual determina que, “el interés de los hijos debe alzarse como valor supremo el cual debe protegerse y ampararse, por encima del deseo o afán de los progenitores, de tal modo que los tribunales, de conformidad a este principio, deben de atender y amparar aquella situación que aparezca más beneficiosa para los menores”<sup>47</sup>.

El artículo 169 del CC, regula las causas estrictas por las cuales se extinguirá la patria potestad. Entre estas causas, se determina que se extingue la patria potestad en todo caso, por la adopción del menor. La adopción conlleva una pérdida total y definitiva de la titularidad, que da lugar a la ruptura de todo vínculo con la familia anterior, salvo ciertos supuestos excepcionales. De ahí que deba llegarse a la conclusión de que, en situación de acogimiento familiar, independientemente de que modalidad se trate, en general no se extingue la patria potestad. Por consiguiente, el artículo 170 del Código Civil dispone que los progenitores podrán ser privados de la patria potestad de manera total o parcial, como resultado de una sentencia fundada en diferentes motivaciones de gran importancia en relación al cuidado y protección del menor. Ello obedece a que en este caso, la pérdida en principio es temporal, y cabe su recuperación, aunque puede ser definitiva y tiene connotaciones punitivas, no obstante, ante todo es una medida de protección al menor. La privación puede ser total o parcial, y por ello, cabe decir que sólo la privación total implica una verdadera exclusión de la titularidad, mientras que la parcial supone una suspensión de una parte del contenido de la institución de la patria potestad en su conjunto<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Acevedo Bermejo, Antonio, Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad, Madrid Tecnos DL, 2013, capítulo VI, La patria potestad.

<sup>46</sup> STS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 327/2001 de 27 marzo 2001. RJ\2001\4770 -Sobre el principio «favor filii».)

<sup>47</sup> STS, de 9 de julio de 2003, nº 719/2003, Sala de lo Civil, Sección Única.

<sup>48</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), págs. 342 (comentario del artículo 170 CC)

La privación de la patria potestad puede ser revocada en cualquier momento por los Tribunales, siempre y cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación, o de otra manera, y como podemos observar en el caso objeto de estudio, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones, y que de ello se entienda que la situación de causa de la privación haya progresado y prosperado de la mejor manera posible.

Dado que, durante la privación de la patria potestad, los menores no residen junto con sus progenitores, no obstante, si tienen derecho a relacionarse con los mismos, salvo disposición judicial en contra, como recoge el artículo 160.1 del Código Civil. Este régimen de comunicaciones y visitas siempre se encuentra supeditado al interés superior del menor, y por ello atendiendo a la situación y circunstancias concretas de cada menor.

Tratando de reflejar el contenido respecto de la patria potestad en relación con el caso objeto de estudio, y en referencia a los procedimientos de acogimiento, debemos referirnos nuevamente al artículo 172 del Código Civil, el cual dispone que, en el caso de situación legal de desamparo, la entidad pública autonómica correspondiente es quién será el titular de la tutela del menor, y deberá por consecuencia adoptar todas las medidas necesarias para su guarda. Se trata de una tutela de naturaleza especial que recae sobre menores en situación de desamparo, la cual es automática ex lege, y provisional; aunque puede convertirse, en definitiva. Es de titularidad pública y delegable en su ejercicio, a través de la figura del acogimiento, sea familiar o residencial. La consecuencia directa de esta tutela es la suspensión automática de la patria potestad, pero no en cuanto a su titularidad. Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, coexisten la titularidad de la patria potestad con la tutela de la entidad pública. Y por lo tanto, posteriormente, si la entidad pública o el Ministerio Fiscal así lo consideran, podrán solicitar al juez la privación de la patria potestad.<sup>49</sup>

Tal y como se desprende de las distintas resoluciones en las instancias del procedimiento, Pat Omorefé, tras la asunción de la tutela por parte de la Administración, el niño es trasladado a una familia de acogida, la cual ostenta la guarda y custodia del menor durante el plazo mínimo de dos años, hasta que, bien se revoque la situación y el menor regrese junto a su familia de origen, o bien hasta que se solicite el establecimiento de cierta medida de protección. En términos generales, es vital no confundir la patria potestad con la guarda y custodia. Para hacer

---

<sup>49</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), págs. 346 y 347 (comentario del artículo 172 CC)

una diferenciación básica, se debe indicar que la patria potestad se refiere a una representación general, de los derechos y responsabilidades legales de los padres en relación con sus hijos. De otra manera, la guarda y custodia es un término el cual se dirige a un derecho diario de residir con el menor y de tomar decisiones cotidianas en su nombre, o incluso decisiones que puedan implicar un largo efecto a lo largo de la vida del menor.

A consecuencia de la asunción de la tutela del menor por parte de la Administración, se suspenderá a los padres de la patria potestad o tutela ordinaria. Este plazo finalizará a los dos años, momento en el que los progenitores que se encuentren en situación de suspensión de la patria potestad podrán, si así consideran oportuno, solicitar a la Administración que cese la suspensión y revocar la declaración judicial de situación legal de desamparo del menor, alegando que se encuentran en situación de asumir nuevamente la patria potestad, habiendo constatado el cese, como indica la ley, de las causas que motivaron su asunción.

Durante estos dos años, prorrogables en los casos en los que los Tribunales así lo consideren, la Administración y el Ministerio Fiscal, podrán solicitar la adopción de cualquier medida de protección, incluso la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico que se funde en la imposibilidad de retorno con la familia biológica, ello debidamente motivado. En el caso de Omorefe, poco tiempo después de la llegada del menor a su familia de acogida, con tan sólo 4 meses de edad, la Administración solicitará al Juez de Primera Instancia el establecimiento como medida de protección, del modelo de acogimiento previo a la adopción, en el que, a pesar de que la legalidad respecto de la patria potestad no se modifica, comenzarán los trámites previos a la formalización de la adopción.

En este epígrafe, diferenciando las diferentes etapas del procedimiento, considero importante la diferenciación entre el acogimiento familiar temporal y el acogimiento previo a la adopción, en relación a la patria potestad y su consideración. En relación con la patria potestad, podemos determinar que el acogimiento previo a la adopción se puede considerar como un momento de transición entre el acogimiento y la adopción, en el que, legalmente la patria potestad aún la ostentan los progenitores biológicos, ya que ésta únicamente será extinguida en este caso con la formalización de la adopción; pudiendo únicamente adoptar ciertas modificaciones respecto del derecho de visitas y comunicaciones.

Otra de las cuestiones que trata la sentencia objeto de estudio es el asentimiento de la madre biológica como elemento clave para validar la adopción<sup>50</sup>. En el presente procedimiento, hay sentencias dispares con respecto al tema del asentimiento de la madre biológica. En primer lugar, el Juzgado de 1ª Instancia de Pamplona desestima la oposición de la demandante -madre biológica-, estableciendo que no es necesario su asentimiento ya que existen motivos fundados para privar a la interesada de la patria potestad, limitando su intervención en el procedimiento de adopción a su simple participación. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Navarra revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al entender que no puede ser posible la adopción sin el asentimiento de la madre biológica al no haber sido privada de la patria potestad. Tras esta resolución, se inició un nuevo procedimiento desembocando en un auto de fecha 28 de octubre de 2015, dictado por la AP de Navarra en el que se autoriza la adopción del hijo de la demandante a pesar de la falta de asentimiento de la madre biológica, estableciendo que el interés del menor era un asunto de mayor importancia que la falta de asentimiento de la madre, por dos razones: 1) el niño tenía 7 años, vivía con su familia de acogida prácticamente desde su nacimiento y 2) la madre no tenía las competencias maternas requeridas.

El legislador español en el art. 177.2.2 del CC exige el consentimiento de “los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación.” Esta situación sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil para que sea posible la adopción.

En este sentido, queda patente que la madre biológica, al no existir ninguna sentencia judicial que la prive de la patria potestad, parece obvio que sería necesario su asentimiento para otorgar validez a la adopción. Este aspecto ofrecería absoluta claridad al asunto, pero la cuestión no es tan sencilla, ya que como indica el propio art. 177.2.2 CC tampoco sería necesario el asentimiento si el progenitor “se encuentra incurso en una causa legal de privación de la patria potestad” lo que supondría, en beneficio del menor, autorizar la correspondiente adopción tal como sostiene el auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 28 de octubre de 2015.

---

<sup>50</sup> Sobre el acogimiento familiar preadoptivo, véase LASARTE, CARLOS, Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI, Marcial Pons, 2006, 5ª edición, págs. 381- 382.

Por tanto, debemos estudiar el significado de la expresión "...incurso en una causa legal de privación de la patria potestad" para comprender el auto de la AP de Navarra que autoriza la citada adopción, a pesar de no constar el asentimiento de la madre biológica. En este sentido y de conformidad con lo establecido en la Sentencia 36/2012, de 6 de febrero de 2012, del Tribunal Supremo, se otorga un amplio poder jurisdiccional al juez a la hora de valorar las causas de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que deben ser interpretados de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.<sup>51</sup>

Aparte de esta amplia facultad de apreciación, la citada sentencia también fija como cuestión trascendente a la hora de determinar o no la necesidad del citado asentimiento del art 177.2 de CC, al momento en que deben concurrir las causas que originan la pérdida de la patria potestad para dar validación de la constitución de la adopción. En este aspecto, indica que la situación de desamparo del menor se produce siempre que los progenitores incumplen sus obligaciones paternofiliales, con lo que mientras la causa que da origen a la situación de desamparo se mantiene, se seguirá manteniendo la misma situación, o *a sensu contrario*, se entiende que si la situación de desamparo subsiste es porque la causa o causas que dan origen al incumplimiento también siguen vigentes<sup>52</sup>.

Por todo ello y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, procede concluir que la progenitora, Pat Omorefe, estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

Esta reflexión justifica tanto la decisión en primera instancia del juez, como el auto que emite la AP en 2015, revocando su anterior sentencia, la cual no autoriza la adopción, así determinando que no será necesario el asentimiento de Pat Omorefe a la adopción, por seguir vigentes las causas que motivaron la situación de desamparo, consideradas por el Tribunal de gravedad, sentencia que posteriormente es recurrida por la madre biológica, la cual apela a que sí debe ser considerada su oposición a la adopción, por no estar extinguida su patria

---

<sup>51</sup> Fundamento jurídico 4º STS 36/2012. Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, "[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC.

<sup>52</sup> Fundamento jurídico 5º STS 36/2012. De acuerdo con los anteriores argumentos, debe examinarse a continuación cuáles son las circunstancias concurrentes en el presente litigio: 1.º Resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en ejercicio de una acción de filiación por parte del padre, éste no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la sentencia tomará ninguna medida para hacerse cargo del hijo. 2.º Los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada propiciaban que debiera extremarse la protección del menor.

potestad, y por no ser suficientes las causas que motivan tal decisión de validar la adopción del menor.

#### **4.4. DERECHO DE VISITAS**

El derecho de visitas es un elemento clave en los procesos de suspensión y privación de patria potestad garantizando a los progenitores biológicos el mantenimiento de una cierta vinculación afectiva con sus hijos, resultando especialmente relevante en el caso Omorefe contra España.

Según dispone el artículo 160.1. CC, todo menor tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad. Respecto al derecho del padre/madre a relacionarse con su hijo, hay que señalar que se trata de un derecho-deber personalísimo, inalienable, irrenunciable e imprescriptible, siempre subordinado al interés superior del hijo. Este derecho, entendido también como un deber o una obligación de los padres de velar por su hijo menor de edad, también puede tener lugar en los supuestos de privación de la patria potestad, salvo que, por el mero interés superior del menor, el juez pueda disponer otra cosa.<sup>53</sup>

El derecho de visitas es un derecho inherente no solo a los padres, sino también a parientes cercanos, los cuales, estando suspensos o privados de la patria potestad de sus hijos, tienen derecho a mantener contacto con los mismos, a fin de no desvincular totalmente a los menores de su familia biológica, teniendo en los casos de acogimiento por objeto la reunificación familiar.

En el caso objeto de estudio, el derecho de visitas es un asunto fundamental debido a la edad y condiciones del menor cuando es declarado en desamparo. Tras la declaración del menor en acogimiento preadoptivo, hasta que la Audiencia Provincial, en su sentencia de 28 de octubre de 2015, revocó su sentencia, de 10 de febrero de 2012 en el que se avala la adopción, no se obtiene por parte de la administración judicial ninguna resolución que permita el contacto entre Pat Omorefe y su hijo.

---

<sup>53</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), págs. 332 y ss (comentario del artículo 160 CC)

El derecho de visita se caracteriza por su relativismo, siendo provisionales y revisables las resoluciones que lo acuerdan y regulan (STS, de 22 de mayo de 1993)<sup>54</sup>. De esta resolución del Tribunal Supremo podemos destacar los aspectos más esenciales del derecho de visitas, en relación con el caso objeto de estudio relativo a Pat Omorefe y el escaso contacto que mantiene con su hijo biológico durante todo el procedimiento. Por tanto, y considerando que no concurren graves circunstancias para que este sea modificado, el derecho de Omorefe se ve profundamente restringido, ya que las autoridades administrativas y judiciales no revisan la situación de la demandante durante un largo período de tiempo, cuestión que perjudica gravemente al caso posteriormente, ya que desvincula de una forma absoluta a la madre biológica de su hijo. Por tanto, considero que a pesar de que el motivo inicial de restringir las visitas por parte de la Administración se justifica en la ausencia de la madre en las visitas durante los primeros meses; no se ha tenido en cuenta que la situación de la madre biológica se ha ido modificando y parcialmente mejorando, de manera que, la Administración, a mi parecer debería haber revisado en un período más corto de tiempo esta situación, con el objetivo de que el menor pudiera haber recibido visitas de su madre biológica, entendiendo la complicada situación de esta y sus esfuerzos por comunicarse con el menor.

El acogimiento familiar, al ser una medida de protección del menor, se analiza y estudia por la administración el caso concreto, para así establecer un régimen de visitas con la familia biológica, adaptado tanto a las necesidades del menor, como a las solicitudes y deseos de los padres biológicos, también valorando objetivamente su implicación y mejora respecto de las circunstancias por las que el menor fue trasladado a una familia de acogida. Es imprescindible valorar también, los motivos del desamparo por parte de la familia biológica, y la interacción positiva o negativa con sus hijos biológicos.

Tras un análisis de estas circunstancias, la Administración, la cual tutele al menor, decidirá y establecerá el régimen de visitas que sea adecuado y conforme a la situación de la familia y los menores.

Es fundamental conocer la diferencia entre el régimen de visitas durante un procedimiento de suspensión o incluso privación de la patria potestad, esto significa, que existe la posibilidad de que el menor/es retornan junto a su familia biológica; y el régimen de visitas cuando se

---

<sup>54</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA (Autora), BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO (Coordinador), Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición (2021), pág. 333 (comentario del artículo 160 CC)

formaliza la adopción de un menor, y por tanto, se priva a los padres biológicos de la patria potestad, situación en la cual las visitas deben quedar restringidas total o al menos parcialmente, sobre todo en beneficio del bienestar y estabilidad del menor.

Como he mencionado anteriormente, respecto a la adopción, en el artículo 178. 4 CC, se establece una excepción a la comunicación con la familia biológica tras la formalización de la adopción, y se refiere expresamente a que, si favorece al interés del menor mantener cierto contacto con su familia biológica, sobre todo en relación con sus hermanos biológicos, debería poder establecerse un cierto contacto entre los menores<sup>55</sup>, la familia biológica, y la familia adoptiva.

En el segundo párrafo del artículo 178. CC, se da forma a esta regulación, siendo así que, el juez, al constituirse la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando la duración y las condiciones de la misma, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, y con el consentimiento de la familia adoptiva y el adoptando, si tuviera suficiente madurez, y siempre si fuere mayor de 12 años. Esta relación se llevará a cabo con la intermediación en todo caso de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin; y el juez podrá acordar la modificación y/o suspensión del régimen de comunicaciones atendiendo al interés superior del menor en todo caso. Esta atención se podrá llevar a cabo por la remisión desde la Entidad Pública al juez, de informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y/o comunicaciones.

Considero fundamental tratar el régimen de visitas y comunicaciones en el procedimiento de la demandante Pat Omorefe y su hijo biológico, ya que es una de las motivaciones principales, como es obvio, para presentar la demanda ante el TEDH.

Respecto al supuesto de hecho, Pat Omorefe, tras solicitar la declaración de desamparo de su hijo, el cual comienza a residir junto a su familia de acogida, se procede a la suspensión de la patria potestad, y el menor comienza a estar tutelado por la Administración. Durante ese período, y salvo decisión judicial en contrario, se seguiría manteniendo el régimen de visitas y el derecho de los padres biológicos a ser informados de su situación.

---

<sup>55</sup> Art. 178.4 Cc Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciendo especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

Tras un período de tiempo, y considerando la falta de asiduidad de la demandante a las visitas programadas<sup>56</sup>, la DGFI solicitó al juez de primera instancia acordar una medida de protección de acogimiento previo a adopción. Situación a la que se opuso la demandante, por no estar de acuerdo en que se le privara el contacto con su hijo.

Durante todo el procedimiento impera la intención de la madre biológica por mantener el contacto con su hijo, si bien al principio se encontraba en una situación muy complicada debido a su complejidad económica y sus problemas en relación con su irregularidad en España, siempre ha demostrado su necesidad de mantener el contacto con su hijo, considerando también esto positivo para él, ya que su madre en ningún momento ha deseado romper ese vínculo afectivo.

Es cierto que es una situación compleja, tanto para la madre biológica, como para la familia de acogida y para el menor; ya que este comienza a residir junto a la familia acogedora a muy temprana edad, siendo aún un bebé, y por tanto, su desarrollo desde muy pequeño ha estado vinculado con una familia que no es la biológica.

En este caso es muy compleja la valoración del interés superior del menor, presupuesto que debe primar siempre en todos los procedimientos con menores, ya que la madre biológica solicita en todas las ocasiones que se le permite, un mayor contacto con su hijo.

El principal problema que considero afecta a este complicado procedimiento es, el dilatado período de tiempo que se da entre las resoluciones, tanto de la Administración, como del juez, ya que, al encontrarse el menor en una etapa tan trascendental en su vida, en la que es una persona muy vulnerable, es complejo determinar que favorecerá a su interés.

---

<sup>56</sup> Considero importante aclarar que, la madre biológica durante los primeros meses, desde que solicita la declaración de desamparo, hasta que el menor tiene 7 meses, no acude regularmente a las visitas programadas por la Administración, y por ello, justificadamente, la DGFI del Gobierno de Navarra solicita que se instaure un modelo de acogimiento preadoptivo, en vistas del profundo desapego ocasionado por esta falta de comunicación y de relación del menor con su familia adoptiva. No obstante, la Administración, como se recoge incluso en la STEDH que nos ocupa, no ha actuado de una manera correcta, ya que se debe atender a las circunstancias personales en las que se encontraba la madre biológica, pudiendo ser comprensivos con la situación, y pudiendo establecer un nuevo régimen de visitas progresivas, ya que la madre, salvo el corto período de tiempo en el que no acude regularmente, intenta recuperar la relación con el menor, solicitando un nuevo régimen de visitas, debido a que el menor es muy pequeño, y considera que la relación puede prosperar.

Mediante una resolución de 8 de mayo de 2009, la DGFI del Gobierno de Navarra, suspendió las visitas de la demandante a su hijo, y no es hasta que la AP de Navarra admite favorablemente el recurso de la demandante, concluyendo que la adopción no podía tener lugar sin el asentimiento de la madre; cuando se retoma la posibilidad de que la madre vuelva a solicitar tener visitas con su hijo.

Tras mucho tiempo intentando que eso sea posible, ya que no se le ha permitido tener visitas con su hijo; en 2014, después de la anulación de la medida de acogimiento previo a la adopción, la demandante solicita a la administración retomar el contacto con su hijo.

Frente a un largo silencio administrativo, presentó un recurso contencioso- administrativo, el cual fue resuelto el 15 de junio de 2015, reconociendo a la madre el derecho a visitar a su hijo durante 1 hora al mes en un PEF.

Durante todos estos años, el niño ha crecido y se ha desarrollado en su familia de acogida, teniendo muy poco contacto con su madre biológica, y por ello, en varios informes psicoevolutivos emitidos por las entidades que están en contacto con su hijo, consideran como probable una gran afectación a nivel emocional del niño, si volviese con su madre.

No obstante, considero que la Administración no ha actuado diligentemente durante este tiempo, ya que se ha dilatado mucho en el tiempo una cuestión que debe ser totalmente prioritaria, debido a la edad y las circunstancias del menor, y que por este motivo el niño se encuentra muy integrado en su familia de acogida.

Siendo cierto que al principio y debido a la compleja situación de la madre, no se cumplen los objetivos estipulados por la Administración en los primeros seis meses, y por tanto, con una ínfima prórroga de tres meses, se continúa con el procedimiento de acogimiento preadoptivo durante varios años; considero injusta y negligente la absoluta injerencia que la Administración ha ejercido de forma indirecta sobre la privación del contacto de una madre con su hijo.

El derecho del menor a tener contacto con su familia biológica y viceversa, es un principio reconocido en nuestro ordenamiento, concretamente en el artículo 172.2 ter CC, el cual dispone que se deberá buscar siempre el interés del menor, priorizando su reintegración en su propia familia, tanto en lo que se refiere a formas de visitas y comunicación, siendo estas revisadas,

al menos, cada seis meses.<sup>57</sup> El incumplimiento de este precepto denota la “dejadez” por parte de la Administración de este caso, el cual considero que no intenta favorecer el contacto del menor con su familia biológica, ya que pasan varios años sin que se revise, ni la situación de la madre biológica, ni las condiciones en las que se encuentran las inexistentes visitas y comunicaciones entre ellos.

Es cierto, y debemos ser conscientes de que debe imperar el interés del menor en todo caso, ya que al declarar muy tempranamente el acogimiento previo a la adopción, las visitas se suspenden con el objetivo de crear una situación beneficiosa para el menor. No obstante, en ningún momento puede dejarse a un lado los derechos que tiene la madre biológica respecto de su hijo, como reconoce el Convenio Europeo de DDHH. Por todo ello, considero que deberían haberse equilibrado ambas pretensiones, y nunca dejar a un lado a una madre que desea mantener el vínculo afectivo con su hijo, y que está consiguiendo los objetivos propuestos por la administración.

## **5. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: OBLIGACIONES POSITIVAS QUE CORRESPONDEN AL ESTADO EN LOS SUPUESTOS DE ACOGIMIENTO DE MENORES**

Tras el análisis de los principales elementos jurídicos presentes en el caso objeto de estudio, a continuación, se examina la vulneración del artículo 8 del CEDH en el caso Omorefe contra España, a la luz de la fundamentación jurídica de la sentencia de Estrasburgo<sup>58</sup>.

Tal y cómo expresa la demandante en su escrito, la motivación invocada en el mismo se centra en una supuesta violación del artículo 8 del CEDH, centrandó sus alegaciones en la afectación indirecta que causó en su caso, la ausencia de realización de las obligaciones positivas que el Convenio dicta a los Estados parte en los procedimientos en los que se encuentren involucrados

---

<sup>57</sup> Art. 172.2 ter CC Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

<sup>58</sup> Véase pág. 14 y ss SETDH Omorefe contra España

menores de edad, los cuales gozan de un sistema de protección en el ámbito europeo, que vela por su interés como principio que debe primar en estos casos.

La demandante cree firmemente que la Administración debería haber interpuesto ciertas medidas que favorecieran la relación con su hijo biológico, de acuerdo a las resoluciones judiciales dictadas, situación que no se corresponde con la realidad, ya que la Administración hizo caso omiso a todas ellas, alegando continuamente un interés superior del menor posible, pero ni tan siquiera probable ni demostrado, y que por tanto, debería considerarse como una auténtica injerencia de la Administración en el mismo.

El Tribunal Europeo hace una doble valoración del caso enjuiciado, abordando en primer lugar los principios generales relativos a las obligaciones positivas que corresponden a España en virtud del artículo 8 del CEDH<sup>59</sup>. Y, en segundo lugar, aplicando estos principios generales al caso enjuiciado<sup>60</sup>.

De la valoración del Tribunal se extrae una importante doctrina de las obligaciones positivas que incumben a la Administración en los supuestos de guarda y acogida ante la situación de desamparo del menor solicitado por la madre biológica.

## 5.1 PRINCIPIOS GENERALES

De la sentencia del TEDH se deducen una serie de principios generales relativos a las obligaciones positivas que corresponden a España en los supuestos de acogimiento de menores, en virtud del artículo 8 del CEDH.

1. “Para un padre y un hijo, el **estar juntos** es un elemento fundamental de la vida familiar, y que las medidas internas que las impiden deben constituir injerencias en la ley protegida por el artículo 8 del Convenio”.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Véase párrafos 36-43 STEDH Omorefe contra España.

<sup>60</sup> Véase párrafos 44-61 STEDH Omorefe contra España

<sup>61</sup> Tal y como recoge la STEDH comentada, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por las sentencias, STEDH Barnea y Caldararu contra Italia nº 37931/15, ap. 63, de 22 de junio de 2017 y STEDH Saleck Bardi contra España nº 66167/09, apds 49 y 50, de 24 de mayo de 2011

2. Del artículo 8.2 CEDH, destaca la **protección de las personas de las injerencias arbitrarias de la Administración** limitando que se abstenga de tales, y la obligación de fomentar y realizar sus obligaciones denominadas “negativas”.<sup>62</sup>
3. **“Debe alcanzarse el equilibrio adecuado entre los intereses afectados**, en este caso conformado en tres partes; el menor, los progenitores biológicos y el orden público, concediendo, no obstante, una importancia primordial al interés superior del menor, que dependiendo de su naturaleza y gravedad, podría prevalecer sobre el de los padres”<sup>63</sup>
4. Debe proceder siempre la **“búsqueda de la unidad y reunificación familiar”**, en caso de separación, constituyendo estos principios, consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar, garantizado en el artículo 8 del CEDH.

Respecto de esta importante consideración por parte del TEDH, debemos destacar la apelación fundamental a las obligaciones positivas del Estado, de tomar las medidas oportunas, para así facilitar la reunificación familiar, de la forma más adecuada para el menor, y respetando los intereses y beneficios que ello conlleva en su desarrollo, teniendo en cuenta los derechos de los progenitores biológicos, cuando así se determine. Como recoge *el TEDH en su sentencia Nuutinen contra Finlandia, n° 32842/96*, “la cuestión primordial en el presente asunto es, si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias que razonablemente le serían exigibles, para así facilitar las visitas entre los padres y el niño”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Doctrina sentada por el TEDH en las sentencias, STEDH Maumousseau y Washington contra Francia, n° 39388/05, ap. 62, de 6 de diciembre de 2007 (intereses enfrentados) y STEDH Scozzari y Giunta contra Italia, n°41963/98, ap. 169.

<sup>63</sup> Véase, párrafo 37. STEDH Omorefe contra España

<sup>64</sup> STEDH Nuutinen contra Finlandia, n° 32942/96. Ap.128. “La obligación de las autoridades nacionales de adoptar medidas para facilitar los encuentros entre un progenitor y su hijo no es absoluta, especialmente cuando ambos son todavía extraños el uno para el otro. Dicho acceso puede no ser posible inmediatamente y requerir la adopción de medidas preparatorias a tal efecto. La naturaleza y el alcance de dicha preparación dependerá de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todos los implicados serán siempre un ingrediente importante. Si bien las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación, toda obligación de aplicar medidas coercitivas en este ámbito debe ser limitada, ya que deben tenerse en cuenta tanto los intereses como los derechos y libertades de todos los implicados, y más concretamente el interés superior del menor y sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio. Cuando los contactos con el progenitor puedan parecer una amenaza para esos intereses o una injerencia en esos derechos, corresponde a las autoridades nacionales encontrar un justo equilibrio entre ellos. **Lo decisivo es si las autoridades nacionales han tomado todas las medidas necesarias para facilitar el derecho de visita que razonablemente puede exigirse en las circunstancias especiales de cada caso.**”

5. El TEDH alega que **siempre que vaya a tomarse una decisión relativa a la tutela de un menor, debe concebirse naturalmente como una medida temporal**, con el objetivo de ser suspendida en cuanto las circunstancias lo permitan. De esta manera, considera fundamental aclarar que cualquier acto de ejecución, sea relativo a visitas, declaraciones, comunicaciones o decisiones judiciales de otro rango, deben responder y ser coherentes con un claro objetivo, el de la reunificación familiar, en este caso de la demandante con su hijo.

En relación con esta valoración que realiza el TEDH, considero que es importante tener en cuenta la intención de la demandante, que desde el primer momento puso en conocimiento de las autoridades competentes su deseo de declarar a su hijo en desamparo debido a su imposibilidad para mantener al menor en adecuadas condiciones, ya que su deseo era un acogimiento temporal, hasta que ella pudiera por sus propios medios ofrecer y garantizar a su hijo una vida digna y adaptada a sus necesidades.

Es cierto, que nos encontramos ante un caso de estudio muy complejo, debido a la gran dilación temporánea que se desarrolla durante todo el procedimiento, ya que cuando se interpone la demanda frente al TEDH, el menor ya lleva residiendo con su familia de acogida durante más de 7 años, tiempo en el que se ha desarrollado en ella, y se ha creado un vínculo afectivo importante; causa por la que un nuevo cambio podría perjudicar a su interés superior.

No obstante, es conveniente valorar que todo el tiempo en que se ha dilatado el procedimiento, se debe al retraso en los procedimientos judiciales inherentes al mismo, y por ello, debe analizarse también, de facto, esta posible injerencia indirecta y negativa por parte de la Administración.

Todo ello, y respecto a la STEDH, hace que no considere del todo justo la valoración que se hace durante el procedimiento la DGFI del Gobierno de Navarra, respecto del interés superior del menor, aunque, bien es cierto, que debe primar frente a cualquier otro interés legítimo, no puede de ninguna manera obviarse durante tantos años las necesidades y sentimientos de una madre biológica que desea retornar junto a su hijo,

y no sólo eso, si no que trata de lograr todos los objetivos que la Administración le solicita para ello.

Es por ello que, el elemento temporal, a pesar de ser de gran importancia, debido a las consecuencias que puede causar en el menor, en relación al paso del tiempo, y su desvinculación afectiva respecto de su madre biológica: no debe ser el único elemento pertinente a valorar en estos casos, como dispone el TEDH en su *sentencia W. contra Reino Unido*<sup>65</sup>.

6. Se reconoce la **amplia libertad de los tribunales internos, y asimismo de la propia Administración**; a la hora de asumir el cuidado y la tutela de los menores. No obstante, y como se demuestra en la resolución, **esta libertad no se centra en un régimen ilimitado**, sino que se confía en la diligencia y en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración y de los tribunales.

El TEDH insiste en su sentencia en la necesidad que impera en este caso, de realizar un control más riguroso de las restricciones, derechos y visitas de los padres, con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos, generando un indudable equilibrio que procure el respeto a su vida familiar, que se desprende del artículo 8 del CEDH.

7. **La protección de los intereses de los padres, dependiendo de las circunstancias de cada asunto**, en el sentido del correspondiente examen que deben realizar de la situación familiar y personal de los interesados, siempre en su conjunto, profundizando en los elementos emocionales, psicológicos, materiales y fácticos del caso concreto, valorando de manera exhaustiva los intereses respectivos. En este sentido, el TEDH invoca su sentencia *Neulinger y Shuruk*<sup>66</sup>, respecto de la valoración en conjunto que debe hacerse del caso concreto, siempre teniendo en cuenta el interés de todas las partes, dándole a las mismas la oportunidad de expresar sus intenciones y sus objetivos, adecuándose a su situación personal y familiar.

---

<sup>65</sup> STEDH Caso W. contra Reino Unido. Sentencia de 8 julio 1987. TEDH 1987\13 ap. 65

<sup>66</sup> STEDH *Neulinger y Shuruk* contra Suiza, nº 41615/07. ap.139. “Además, el Tribunal debe garantizar que el proceso de toma de decisiones que condujo a la adopción de las medidas impugnadas por el órgano jurisdiccional nacional fue equitativo y permitió a los interesados exponer plenamente su caso Para ello, el Tribunal de Justicia debe comprobar si los tribunales nacionales llevaron a cabo un examen en profundidad de toda la situación familiar en su conjunto y de toda una serie de factores, en particular de carácter fáctico, de carácter fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y realizó una apreciación y razonable de los intereses respectivos de cada persona”.

A colación de esta declaración, el Tribunal determina formalmente en la sentencia objeto de estudio, que “corresponde a cada Estado disponer de un arsenal suficiente para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que incumben”<sup>67</sup>, en este caso, en virtud del artículo 8 del CEDH, e indica que al Tribunal le corresponde examinar si se interpretan en las disposiciones legales, el respeto a las garantías del artículo 8 del CEDH, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.<sup>68</sup>

## **5.2 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS AL CASO PAT OMOREFE CONTRA ESPAÑA**

El TEDH sostuvo de forma unánime en el caso Omorefe v. España, que efectivamente ha existido una violación al Artículo 8, derecho al respeto por la vida privada y vida familiar, de la Convención Europea de Derechos Humanos, por parte del Gobierno español, que es parte en este procedimiento.

En relación a esta afirmación, es fundamental destacar que el Tribunal considera y demuestra de manera inequívoca que las decisiones tanto judiciales como administrativas, dictadas durante los diversos procedimientos en lo que se encuentra involucrada la demandante y su hijo, constituyen una clara injerencia en el ejercicio del derecho de la vida privada y familiar, garantizado en el apartado 1 del artículo 8 del CEDH.

También, el TEDH declara que esta injerencia cumple “dos de las tres condiciones contempladas en el artículo 8.2 del CEDH”<sup>69</sup>; ya que, existe una injerencia de la autoridad pública en el derecho contemplado en el apartado 1 del artículo, y además, se demuestra en la resolución, que la normativa interna, tanto en el Código Civil, como en la Ley 267/2015, de 28

---

<sup>67</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap. 42

<sup>68</sup> STEDH Neulinger y Shuruk contra Suiza, nº 41615/07. ap.141. “No corresponde al Tribunal sustituir a las autoridades competentes en el examen de la existencia de un riesgo grave para el niño. No obstante, el Tribunal de Justicia es competente para comprobar si los órganos jurisdiccionales nacionales, al aplicar e interpretando las disposiciones de dicho Convenio, aseguraron las garantías establecidas enunciadas en el artículo del Convenio, en particular teniendo en cuenta el interés superior del menor.”

<sup>69</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap.44

Art.8.2. CEDH. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

de julio, por la que se reforma el sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que no está prevista específicamente la legalidad de esta injerencia. El tercer punto al que se refiere la resolución del TEDH objeto de estudio, es que queda por examinar si esta injerencia era “necesaria en una sociedad democrática.”

El TEDH analiza todo el contexto procedimental del caso, y hace una valoración de acuerdo a los márgenes normativos y jurisprudenciales que se desprenden de los principios generales mencionados con anterioridad.

Respecto del contenido propio de la resolución aplicado al caso concreto, es importante mencionar **la inactividad, que destaca el TEDH, respecto de todo el procedimiento administrativo previo** a la SAP, de 10 de febrero de 2012, en que se reconoce la falta de asentimiento de la madre, y por tanto la imposibilidad de formalizar la adopción del menor; en la que se valoró, entre otras, la falta de asistencia y apoyo previsto por las autoridades administrativas tras la asunción de la tutela del menor, tendentes a favorecer el intento de reunificación familiar. De esta manera, el TEDH valora muy negativamente la actuación de la administración, que incluso, y cito textual “dejando sola a la demandante para conseguir alcanzar los objetivos mencionados”.<sup>70</sup>

El TEDH reconoce la gran dificultad que supone para el juez la valoración objetiva de los intereses legítimos de las partes, valorando el complicado equilibrio entre los mismos contrapuestos, y considerando de manera primordial el interés superior del menor.

Como señala el Tribunal en su resolución, se lleva a cabo de manera muy temprana la solicitud por parte de la DGFI del Gobierno de Navarra, de declarar al menor en situación de acogimiento “preadoptivo”, de hecho, esta se produce tan sólo 20 días después de que se declarara al menor en la situación de desamparo. Es cierto que, en ese período de tiempo, la madre se encontraba en una situación muy precaria a nivel económico, sin empleo y sin vivienda estable, cuestiones que hicieron que se acelerase el procedimiento, debido a la necesidad del menor de situarse de manera estable en una familia, a causa de la complicada situación de la madre, la cual resultaba complicada que mejorase en poco tiempo.

---

<sup>70</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap.48

No obstante, el Tribunal resalta que la demandante, “a pesar de sus defectos tanto personales, como profesionales, y de su falta de aptitud parental, según la DGFI”, siempre ha mantenido a lo largo de todos los procedimientos administrativos y judiciales, su clara oposición a que le privaran de la patria potestad, ya que esto significa dejar de tener contacto con su hijo y la posibilidad de declarar la adopción del menor sin su consentimiento.

Los objetivos de Omorefe eran claros, intentar mejorar su situación en el menor tiempo posible, y así poder regresar con su hijo, ya que, según los principios doctrinales de reunificación familiar y respeto a la vida familiar, debería producirse cuanto antes el retorno del menor junto a su familia biológica.

El TEDH considera importante en este punto, indicar que la DGFI en su informe de 22 de septiembre de 2009 declara que incluso aun habiendo cumplido las condiciones que se habían impuesto a la demandante, ya no sería posible el regreso del menor junto a su madre biológica. Esta conclusión constituye una de las tantas consideraciones que denotan que las autoridades internas no buscaron realizar en ningún momento un “ejercicio de ponderación entre los intereses del menor, en vez de intentar conciliar los de ambos”.

En su sentencia, el TEDH considera que, en ningún momento, a pesar de la insistencia de la demandante, se consideró seriamente la posibilidad de reunificación familiar, ya que no se tomaron las medidas necesarias, ni siquiera se estudió la manera en la que esto debería realizarse, así continuando con un procedimiento en base únicamente al supuesto interés superior del menor, considerado como único principio a valorar en este caso por parte de la Administración.

Por todo ello, el argumento del Tribunal Europeo coincide en gran medida con las valoraciones establecidas y alegadas por la SAP, de 10 de febrero de 2012, sobre todo en sus apartados 14 y 56, además indicando y haciendo valer la “intensa lucha” coherente e insistente por parte de la madre biológica por visitar a su hijo, que finalmente fueron reconocidas muchos años después, tras la revocación del Juez de Primera Instancia en su sentencia de 15 de junio de 2015, en la cual se permite una mínima comunicación entre el menor y su madre biológica, de una única hora al mes, en un Punto de Encuentro Familiar (PEF).

Tras este reconocimiento de visitas por parte del Juez de Primera Instancia, es importante destacar, como una posible negligencia de la Administración, que no fueron efectivas, es decir

que a pesar de la resolución judicial que reconocía el derecho de la madre a cierta comunicación con su hijo, la entidad pública hizo auténtico caso omiso a la misma.

Es muy importante mencionar que el TEDH destaca el paso del tiempo como un elemento crucial, que, a ojos del Tribunal, hace definitiva una situación que se suponía temporal<sup>71</sup>. Esta reflexión la hace de acuerdo a que el desamparo del menor y la asunción de la tutela por parte de la administración se declaró cuando el menor era tan sólo un bebé. Todo ello genera una complicada situación, ya que el niño crece y se desarrolla en sus primeros años de vida junto a una familia de acogida, y que, por tanto, y debido a la ausencia de comunicación con su madre, se considera imposible la creación de un vínculo afectivo con la misma.

Tras conocer las circunstancias en las que Omorefe solicitó el desamparo de su hijo, es ciertamente comprensible que fuera puesto de manera inmediata bajo la tutela de la administración, no obstante, las numerosas decisiones que se han ido tomando durante el procedimiento se consideran que deberían haberse hecho en plazos más breves, así revisando y valorando en profundidad la situación de los progenitores biológicos, todo ello conforme al marco jurídico y jurisprudencial vigente.

El TEDH reconoce que los tribunales internos, se han centrado “en preservar el bienestar del menor”<sup>72</sup>, pero indica que a pesar de ello se han constatado graves errores de diligencia en el desarrollo del procedimiento llevado a cabo por las autoridades. Es cierto que la valoración del interés superior del menor, debido a su corta edad, y a todo el tiempo que ha estado residiendo junto a su familia de acogida, es muy compleja; no obstante, el TEDH reconoce que ello no justifica el acogimiento preadoptivo del menor y su posterior adopción, a pesar de la clara oposición de la demandante<sup>73</sup>.

Además, el TEDH observa y valora que la demandante sólo pudo ejercer su derecho de visitas durante tres únicos meses, al comienzo del procedimiento, circunstancia que sigue denotando el claro desinterés de la Administración por la reunificación familiar, siendo así, que optan en todo momento por no valorar la situación de la demandante, y mantener al niño con su familia de acogida.

---

<sup>71</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap.56

<sup>72</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap.57

<sup>73</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap.58

El TEDH considera que se debe ser más riguroso y respetuoso con las familias de acogida, manteniendo y explicando claramente en qué situación se encuentra el menor, y así, sin crear una situación de “falsas expectativas”<sup>74</sup>, de cara a su posible o no adopción.

Las autoridades administrativas internas deberían haber considerado otras medidas menos radicales, que previstas por la legislación española, protejan y ayuden tanto al menor como a su familia biológica, siendo este el objetivo de las autoridades de protección social. De esta manera, el TEDH considera que debería haberse optado por un modelo de acogimiento temporal o simple, en vistas de proteger también los legítimos intereses de la madre biológica, y así, a su vez, resultando respetuosos con la familia de acogida.

Sabiendo esto, es preciso aclarar que el objetivo del acogimiento es el retorno del menor junto a su familia biológica, si esto fuera posible, y por tanto, la inexistencia de medidas tendentes a favorecer el contacto entre Omorefe y su hijo han causado una grave injerencia indirecta en la relación entre ambos, complicando gravemente su reunificación, considerado por el TEDH como uno de los principios fundamentales inherentes al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tras este profundo análisis aplicado al caso concreto, de los principios recogidos en el CEDH, el TEDH concluye que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio, considerando que “el proceso en el origen de esta decisión que concluyó con la adopción del hijo de la demandante no se llevó a cabo teniendo la debida consideración a las opiniones e intereses de ella”. En consecuencia, se sostiene que el proceso en cuestión careció de las salvaguardias necesarias en relación a la importancia de los intereses en juego. Además, las autoridades españolas no hicieron los esfuerzos ni instauraron las medidas necesarias, suficientes ni adecuadas para garantizar el contacto de la demandante con su hijo, y por tanto, para el TEDH es clara y contundente la violación del artículo 8 del CEDH.

Debido a la legitimación y posición que ocupa el TEDH en el ordenamiento jurídico español, la *sentencia Omorefe contra España* dispone que “la función del Tribunal no es la de sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades”, por tanto, aclara que su función es meramente interpretativa y declarativa del Convenio, ya que el TEDH se encarga

---

<sup>74</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap. 59.

de vigilar “desde el punto de vista del Convenio, las resoluciones que han tomado en el ejercicio de su facultad discrecional”.<sup>75</sup>

Al respecto, el Tribunal señala que no le corresponde resolver sobre esta concreta reclamación, y que compete, en este caso a España elegir los medios para cumplir las obligaciones que le incumben, siempre bajo el control del Consejo de ministros, y siempre que “estos medios sean compatibles con las conclusiones obtenidas en las sentencias del Tribunal”.<sup>76</sup>

No obstante, el TEDH, dada la urgencia y necesidad de poner fin a la violación del artículo 8 del Convenio derivado de las decisiones judiciales internas que no han respetado el derecho de la demandante al respeto a su vida familiar, invita a las autoridades internas a revisar en un período breve de tiempo estas resoluciones. El TEDH menciona en su resolución final, que no se ha producido ningún contacto entre la demandante y su hijo, ni siquiera a raíz de la decisión adoptada por la AP, de 28 de octubre de 2015, en la que se reconoce el derecho de la madre a retomar el contacto con su hijo, de momento durante una hora al mes en un PEF. Y, por tanto, deben las autoridades administrativas desarrollar las medidas necesarias para poder hacer efectiva esta resolución.

Finalmente, y de conformidad con lo previsto en el ordenamiento interno español, concretamente a la revisión de sentencias firmes, recogidas en los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el TEDH indica que en los citados preceptos se reconoce la posibilidad de revisar las decisiones devenidas firmes, que hayan sido declaradas contrarias a los derechos reconocidos en el Convenio. De esta manera, insta a los Tribunales españoles a revisar las decisiones judiciales que afecten al caso enjuiciado, y que hayan vulnerado el art. 8 CEDH

---

<sup>75</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap. 43

<sup>76</sup> Véase STEDH Omorefe contra España, ap.69

## 6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha realizado un análisis exhaustivo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Pat Omorefe contra España, cuya resolución resulta favorable a la demandante por la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referente al respeto a la vida familiar y privada de las personas.

El tema central del Trabajo Fin de Grado es el estudio de la guarda y acogimiento de menores, a la luz del Caso Omorefe contra España. Tras la exposición del supuesto de hecho, el estudio se adentra en el iter procesal del caso enjuiciado, siendo especialmente concluyente la sentencia del TEDH.

Tras la solicitud de desamparo del menor por parte de su madre biológica, el menor comienza a ser tutelado por la administración, la cual traslada la guarda y custodia a una familia de acogida, en la que el niño residirá durante todo el procedimiento. El menor pasará de una situación de acogida temporal a una situación de acogimiento previo a la adopción, aunque por poco tiempo, ya que la demandante recurre esta resolución, entendiéndose que esta decisión se había efectuado sin contar con su asentimiento, legalmente necesario. Posteriormente, tras esta decisión, la demandante interpone recurso de apelación, que es resuelto por la Audiencia Provincial de Pamplona, entendiéndose que sin el asentimiento de la madre no es posible instaurar un modelo de acogimiento preadoptivo, además proponiendo que la situación del niño es absolutamente tratable, debido a su edad y desarrollo, y que por tanto, se debe procurar la reintegración del menor en su familia biológica, siguiendo los principios fundamentales del acogimiento familiar. La DGFI del Gobierno de Navarra, en 2012 decide solicitar un informe que trate de constatar los vínculos afectivos del menor con su familia de acogida, y el posible perjuicio que podría causar en el menor el retorno junto con su madre biológica, para que así la AP pudiera revocar su resolución anterior. Finalmente, la AP revoca su sentencia, y autoriza la adopción del hijo biológico de la demandante a pesar de la falta de asentimiento de esta.

Para entender este procedimiento, ha sido necesario analizar en profundidad las tres instituciones civiles implicadas en el caso, el acogimiento temporal, el acogimiento “previo a la adopción o preadoptivo”, y la adopción. Asimismo, resultan fundamentales los aspectos jurídicos relativos a la situación legal de desamparo, el interés superior del menor, la patria potestad, el asentimiento y el derecho de visitas. Aspectos todos ellos tratados de forma detallada en este trabajo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras el análisis de todo el procedimiento, llega a la conclusión de que las resoluciones administrativas y judiciales en las que se declara el acogimiento “preadoptivo” y la adopción, han sido decididas de forma precipitada y en alguna ocasión con escasa justificación, provocando así una vulneración del derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH.

Si bien es cierto que la madre biológica, al principio no acudió regularmente durante un corto período de tiempo de 5 meses a las visitas; también lo es, que fue la propia madre quien solicitó el desamparo, y además continuó luchando por mantener el contacto con su hijo tras las decisiones administrativas y judiciales que impedían esta comunicación. Valorando estas circunstancias, considero que las primeras resoluciones administrativas y judiciales deberían haber ponderado los distintos intereses en juego, adoptando las medidas menos drásticas que fueran posibles, estableciendo un régimen de visitas que paulatinamente se fuera incrementando y que concluyera con el definitivo retorno del menor a su madre biológica.

De haber seguido este camino, no se hubiera vulnerado el artículo 8 del CEDH, ya que, si la administración hubiera actuado según las obligaciones positivas que le exige la jurisprudencia del TEDH, evitaría las injerencias causadas en detrimento del interés de la madre biológica, y valorando adecuadamente, a juicio del TEDH, el interés superior del menor. Por tanto, considero, al igual que hace el TEDH, que se debería haber optado por un modelo de acogimiento temporal o simple, en vistas de proteger también los legítimos intereses de la madre biológica y, a su vez, resultando respetuosos con la familia de acogida.

El caso Omorefe contra España, es una muestra más de la importancia de la llamada “protección multinivel” de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa. Gracias a la protección otorgada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Pat Omorefe ha conseguido que se tengan en cuenta tanto el interés superior del menor como el de la madre biológica, y ello en base al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar de todas las personas, junto con la no injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, ENCARNACIÓN. El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del código civil, Quaderns de Polítiques familiars, Revista del Institut d'Estudis Superiors de la Família, ISSN: 2385-5215/2385-5223 (online) (www.raco.cat)

ACEVEDO BERMEJO, ANTONIO, Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad, Madrid Tecnos DL, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coordinador), Manual de Derecho Civil. Derecho de familia, Bercal S.A, 2021, 6ª edición.

BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, RODRIGO, Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición.

CAPARRÓS CIVERA, NEUS, El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales. Rialp, Madrid 2001.

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales, 2ª edición, La Ley, Wolters Kluwer, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LASARTE, CARLOS, Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI, Marcial Pons, 2006, 5ª edición.

MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA, La adopción en el derecho común español. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

ORDÁS ALONSO, MARTA, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/015, de 28 de julio» Revista Doctrinal Aranzadi Civil nº 9/2016.

TORRES MATEOS, MIGUEL ÁNGEL, Adopción y acogimiento de menores, Colección Jurisprudencia: Familia, Thomson Aranzadi, 2007.