



EL CONCEPTO DEL

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Y SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

MARÍA LUISA SANTAMARÍA



Editorial

Universitat Politècnica
de València

INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Núm. 7

Vicente Cabedo Mallol

(Director)



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, nº 7

Director: Vicente Cabedo Mallo

Los contenidos de esta publicación han sido evaluados mediante el sistema doble ciego, siguiendo el procedimiento que se recoge en: http://bit.ly/Evaluacion_Obras

Comité Editoral

Gabriel Songel González

Dpto Dibujo Catedrático Universidad UPV. España

Jorge Torres Cueco

Catedrático Universidad Dpto. Proyectos Arquitectónicos UPV, España

Jorge Carlos Fernández del Valle

Catedrático de Universidad Dpto. Psicología Universidad de Oviedo, España

Luis Jimena Quesada

Catedrático Universidad Dtp. Derecho Constitucional UV, España

Esther Pillado Gonzalez

Catedrática de Universidad Derecho Penal Universidad de Vigo, España

Juan M. Fernández Soria

Catedrático Universidad Dpto. Teoría e Historia UV, España

Ignacio Aguaded Gómez

Catedrático Universidad Dpto. Educación en Medios de Comunicación y de Nuevas Tecnologías aplicadas a la Educación. Universidad de Huelva, España

EL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

María Luisa Santamaría



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, nº 7

Director: Vicente Cabedo Mallol

Autora: María Luisa Santamaría

Editorial Universitat Politècnica de València, 2018

Venta: Telf.: 963 877 012 / www.lalibreria.upv.es Ref.: 6468_01_01_01

ISBN: 978-84-9048-709-9 (versión impresa)

Depósito Legal : V-1686-2019

Si el lector detecta algún error en el libro o bien quiere contactar con los autores, puede enviar un correo a edicion@editorial.upv.es



El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional/ Editorial Universitat Politècnica de València

Se permite la reutilización y redistribución de los contenidos siempre que se reconozca la autoría y se cite con la información bibliográfica completa. No se permite el uso comercial ni la generación de obras derivadas.

PRÓLOGO

Es para mí un inmenso honor corresponder al amable y considerado ofrecimiento que me hace la autora de este texto para que prologue su primera obra magna. Con el deseo de atender con utilidad a su propuesta, me corresponde, por tanto, según el orden sistemático y metodológico acostumbrado en estos encargos, que conviene seguir, pensando especialmente en el lector de esta obra, llevar a cabo una introducción o aproximación a su contenido, anunciando ya que de buen seguro se cubrirán las expectativas puestas en ella por cualquier interesado en la materia, sin detrimento de la presentación ulterior de su autora, a quien se debe plenamente tal resultado académico y científico.

De los principios rectores contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, si hay uno que suscite especial controversia a la hora de ser dotado de verdadero contenido práctico, es el recogido en su artículo 3, que no es otro que el principio del interés superior del niño. En este sentido, la autora parte su estudio realizando un análisis pormenorizado de la evolución que esta cláusula abstracta ha tenido dentro del ámbito jurídico, y lo hace desgranando a la perfección las diversas acepciones teóricas que del mentado principio, no pacífico y de difícil concreción, ha ido realizando la doctrina tanto a nivel nacional como internacional.

Cierto es que la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto, aspecto éste que facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose; no obstante, como muy bien apunta la autora, esa misma circunstancia le ha valido un gran número de críticas fundamentadas, esencialmente, en su alto grado de indeterminación.

En suma, la formulación jurídica del principio del interés superior del niño supone la constatación de un principio general del Derecho, y

de ahí que pueda ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula general aparece incorporada, como de las realidades y relaciones cotidianas que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado.

Una vez realizada esta introspección en la identificación del concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño, la obra se centra en el estudio de la irrupción y el desarrollo del citado principio en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, del texto se extrae como su autora de manera sutil a la par que clara hace particular referencia al proceso de transformación que este principio rector ha venido teniendo en la normativa española durante los últimos decenios: partiendo desde una visión extremadamente tradicional, patriarcal y paternalista, que consideraba a niños, niñas y adolescentes como "menores" desvalidos, hasta llegar a nuestro moderno sistema jurídico, configurado en torno a la infancia, en que se destaca la preeminencia del principio del interés superior del niño, utilizado como parámetro fundamental de toda suerte de medidas y actuaciones adoptadas en pro del bienestar de la infancia y la adolescencia. En la actualidad, los derechos de la infancia han ido adquiriendo, no sin evidentes reticencias y obstáculos, una acepción y una aceptación presidida por ese principio del interés superior de la persona menor de edad, como verdadera titular de derechos, como sujeto autónomo y participativo, superándose un sistema periclitado, proteccionista de los seres considerados de antaño como débiles, frágiles y dependientes.

Acto seguido la autora acomete, con todo lujo de detalles, la manera de dar contenido y concretar el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño, tomando como referencia tanto el derecho positivo - nacional e internacional -, como también la jurisprudencia

emanada del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Estrasburgo, así como los propios criterios estipulados en la Observación General n.º. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño. En esta línea parece como el legislador español, frente a la inconcreción existente en la cuestión, y siguiendo la técnica prototípica de los ordenamientos jurídicos anglosajones, ha optado por incorporar, junto con enunciados legales del tipo cláusula general, un elenco de criterios indicativos que pretenden especificar y facilitar la búsqueda del interés de la persona menor de edad, criterios que vendrían a reflejar lo que la sociedad considera en cada momento como los factores más importantes o relevantes a la hora de definir lo que significa el interés de los niños y las niñas. Así, la salvaguarda del entorno más beneficioso para el niño; la garantía de sus derechos fundamentales; la reparación del derecho vulnerado, serían algunos de esos elementos que pretenden dotar de cierta objetivización al sistema.

En definitiva, y como reflexión final, no puedo dejar de resaltar la idea, compartida por la autora, de que el reconocimiento de los derechos de la infancia supone una doble consecuencia: por un lado, la fijación de un sistema de valores, y, por otro, la asignación de ámbitos de libertad en los que se manifiesta la tan manida cláusula general del interés superior. Esta relectura moderna, si se quiere de siglo XXI, del principio insignia que guía el devenir de los derechos de la infancia y la adolescencia, es la que debe llevarnos a romper con las situaciones de sobre utilización o mala praxis de esta cláusula general y evitar que este concepto se convierta en lo que Carbonnier definió como una noción mágica, evanescente, que puede dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso del derecho.

No puedo ni quiero finalizar este breve prólogo, sin hacer una ineludible, por merecida, referencia a la autora de este original, con la que comparto, y espero poder seguir haciéndolo en un futuro, un quehacer lleno de satisfacciones en un ámbito que nos preocupa y por eso nos ocupa, el que supone la investigación y la dedicación

comprometida al ámbito universitario, desde el principal compromiso de servir al avance y a la consolidación de los derechos de la infancia y la adolescencia. El resto de méritos lo tienen entre sus manos, todo está en este libro, en esta pequeña gran obra de arte. Un texto para leer y aprender.

Enhorabuena por este pedazo de ti

Isaac Ravetllat Ballesté
Universidad de Talca (Chile)

ÍNDICE

Introducción.....	VII
1. La evolución del concepto del interés superior del niño dentro del ámbito jurídico.....	1
1.1. La conceptualización teórica del interés superior del niño.....	1
1.1.1. El rango de principio	2
1.1.2. Norma positiva internacional y derecho sustantivo	3
1.1.3. Calificación de “consideración primordial”	5
1.1.4. Cuestión de orden público	7
1.2. Consolidación como concepto jurídico indeterminado....	8
1.2.1. Consideración de un derecho constitucional	9
1.2.2. Concepto interpretable y dinámico	10
1.2.3. Materia interdisciplinar	10
1.3. Huida de la indeterminación: norma de procedimiento ..	11
2. El interés superior del niño en el ordenamiento jurídico español.....	13
2.1. Directrices de la Convención de Derechos del Niño	13
2.1.1. El derecho del niño a sus relaciones familiares.....	16
2.1.2. El derecho del niño a la protección	19
2.1.3. El derecho del niño a una familia alternativa	20
2.2. Influencia del Derecho de la Unión Europea.....	22
2.3. La Constitución Española.....	23
2.4. La legislación civil	24
2.4.1. El Código Civil.....	25

2.4.2.	Las leyes específicas en materia de protección infantil	26
2.4.3.	Otras leyes que afectan a la población infantil	33
3.	El contenido del derecho al interés superior del niño.....	35
3.1.	La salvaguarda del entorno más beneficioso para el niño	35
3.1.1.	Aspectos psicosociales en relación a la familia.....	37
3.1.2.	La responsabilidad parental	38
3.1.3.	Efectos de la familia sobre el niño	40
3.2.	La garantía de los derechos fundamentales del niño.....	40
3.2.1.	Aspecto positivo: velar por su cumplimiento	41
3.2.2.	Aspecto negativo: evitar perjuicios	42
3.3.	La reparación del derecho vulnerado	44
4.	La concreción del interés superior del niño.....	45
4.1.	La consideración del orden público	47
4.2.	La flexibilización en el proceso de admisión de recursos	51
4.2.1.	La primacía del interés superior del niño.....	52
4.2.2.	Asuntos objeto de rechazo por parte del Tribunal Supremo.....	54
4.2.3.	Las críticas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	60
4.3.	El respeto a las condiciones familiares del niño.....	63
4.3.1.	El daño del internamiento	65
4.3.2.	La continuidad de los vínculos afectivos	72
	Conclusiones.....	87
	Bibliografía.....	89
	Enumeración de Jurisprudencia.....	101

INTRODUCCIÓN

El “interés superior del niño¹” pese a ser un concepto reciente, ha tenido presencia en la sociedad desde la antigüedad, pues en todo tiempo y espacio, las familias han asumido el cuidado y la protección de sus niños, ofreciéndoles lo mejor que su cultura, su civilización y sus posibilidades económicas les permitía. Históricamente la familia ha sido considerada la célula esencial para el desarrollo infantil en todos sus aspectos, tanto vitales como circunstanciales o culturales (OLIVA y VILLA, 2014: 12). Por ello, el concepto del “interés superior del niño” ha estado presente en la conciencia ciudadana, y nunca se ha puesto en duda, que éste es crecer y desarrollarse en su propia familia, considerada ésta como su familia natural o aquella en la que ha nacido, siempre y cuando esa sea la voluntad de los padres (ARTERO, 2001: 62-65) y no corra ningún peligro la integridad del hijo (VALGAÑÓN, 2014: 157).

El concepto moderno del interés superior del niño tiene su origen en el conocido caso de la niña neoyorkina Mary Ellen Wilson, ocurrido a finales del siglo XIX, que, al ser visiblemente maltratada por sus padres, planteó la necesidad de establecer leyes que protegieran a los niños de sufrir abusos en su propio entorno familiar (JALONGO, 2006). En caso de que tal eventualidad ocurriera, el “interés superior del niño” había de cambiar drásticamente, pues ya no debía ser el de permanecer en su familia, sino el de tener una familia alternativa que le ofreciera el cuidado que la suya no le proporcionaba (VALGAÑÓN, 2014: 166). Ante tal escenario el concepto clásico del “interés superior del niño” entró en crisis requiriéndose una nueva formulación en que las excepciones a la normal y pacífica convivencia familiar adquirieran especial

¹ En el presente trabajo, por razones de simplificación, se utilizará el sustantivo genérico “niño” para hacer referencia a la primera acepción que la RAE ofrece sobre dicho concepto, en que se identifica con la persona “que está en la niñez”. Así, toda referencia hecha al “niño” se entenderá realizada tanto al niño varón como a la niña, cualquiera que sea su edad, incluida la etapa de la adolescencia, salvo que explícitamente se exprese lo contrario.

protagonismo. A partir de ahí, aun con los retardos inherentes a la propia persistencia de las leyes, la mayoría de países fue desarrollando legislación para la protección infantil. Conviene aclarar que por “protección infantil” se entenderá, en el contexto del presente trabajo, aquella actuación institucional que establece una vigilancia para que el niño se encuentre adecuadamente atendido en su entorno familiar, es decir, se adopta una visión limitada del concepto de “protección infantil” que consiste en detectar graves negligencias parentales que impiden a sus hijos mantener unas condiciones de vida saludables y aceptables para la sociedad en la que se encuentran.

Existe, sin embargo, una visión amplia del concepto de “protección infantil” que se refiere a toda política pública destinada a tratar con deferencia los derechos del niño o referirse expresamente a ellos, en el que cabría incluir la lucha contra las nuevas formas de abusos hacia la población infantil que, lamentablemente, se han ido detectando, tales como la explotación sexual y laboral con la consiguiente dificultad de acceso a la educación o el tráfico de niños, que representan experiencias infantiles contrarias a su interés superior.

Tras el importantísimo derecho del niño a ser protegido, la identificación y concreción de los derechos de los niños ha sido creciente, pues cabe admitir que no siempre han tenido el mismo grado de reconocimiento y protección como el que han alcanzado en la actualidad. Todo ello se encuentra recogido en la Convención de Derechos del Niño (CDN en adelante) que, en su calidad de tratado internacional adoptado en 1989, tiene como objetivo lograr el respeto a los derechos fundamentales de los niños que viven, o se encuentran, en cualquiera de los países que la han ratificado, entre los que figura España.

Ciertamente, la CDN destaca muchos derechos infantiles que, debido al grado de desarrollo alcanzado por España y su ausencia de conflictos bélicos, se encuentran garantizados para todos los niños del país y no son, en general, objeto de controversia. Entre

dichos derechos figura el derecho a la educación o al disfrute de servicios sanitarios, entre otros. Por supuesto, ello no obsta a que pueda haber casos excepcionales de vulneración de esos derechos, todos ellos de claro contenido constitucional, en los niños.

La CDN, además de definir el concepto del interés superior del niño, muestra una especial atención a los objetivos de protección infantil, en cuyo alcance pretende la implicación de todas las instituciones del Estado con el debido respeto y consideración a los familiares del niño. Con este objetivo, las autoridades españolas han dedicado importantes esfuerzos que han desembocado en el establecimiento de un sistema global para la protección infantil en que se encuentran implicados todos los poderes públicos, desde el legislativo, con el desarrollo legal para identificar y hacer frente a distintas situaciones de desprotección del niño, pasando por el ejecutivo que se ocupa de llevar a cabo las acciones de protección determinadas en la ley mediante las oportunas decisiones administrativas, hasta el poder judicial que cierra el sistema dotándolo de la debida seguridad jurídica y control de la discrecionalidad o posible arbitrariedad administrativa.

La CDN muestra, por un lado, que toda decisión que afecte a un niño debe tomarse en virtud de su mayor interés y, por otro lado, destaca como primordiales los derechos de relación y convivencia de cualquier niño con los distintos miembros de su familia y como esencial la sustitución de su familia por otra, a través de una oportuna intervención institucional, cuando la familia de origen no cumple adecuadamente las funciones protectoras hacia la persona del hijo o entorpece su desarrollo. Así, cuando se alcanza el interés superior del niño, se logra preservar la integridad de la dignidad infantil, lo cual establece una directa conexión con la dimensión constitucional, plasmándose en varios de los preceptos de la Carta Magna.

El citado sistema de protección infantil está dotado, como elemento principal, de una Entidad Pública, de alcance territorial autonómico, que se encarga de dictar las resoluciones administrativas en la

materia, que son recurribles ante los juzgados de familia. Estas decisiones de protección abarcan desde la intervención intrafamiliar en situación de riesgo hasta la detección de situaciones de desamparo en cuyo caso es necesaria la separación del niño de su familia y, por tanto, quedan afectados sus derechos fundamentales. Además de ello, en este último caso, el niño deja de estar bajo la Patria Potestad de sus padres para pasar a estar tutelado por la Entidad Pública, o lo que es lo mismo, pasa a estar bajo tutela administrativa, lo cual le confiere un estatus especial. Así, es necesario estudiar cómo las Entidades Públicas de protección consideran el interés superior del niño, cómo aplican la ley y qué datos presentan ante los juzgados para que éstos los valoren como pruebas, establezcan la relación del fallo con los hechos expuestos y, en definitiva, delimiten el interés superior de los niños afectados por las resoluciones de protección dictadas. La dificultad radica en discernir, ante ciertas situaciones y vivencias difíciles para un niño, en qué modo se alcanza y quien es responsable de decidir cual es el interés superior de ese concreto niño. En caso de que las decisiones administrativas prevalezcan sobre las de los padres o familiares del niño, la fundamentación ha de ser exhaustiva y motivada, pues se trata de conseguir las condiciones para que la vida del niño sea lo más digna posible dentro del ámbito en que se desenvuelve su existencia. Para ello, no hay que olvidar que la dignidad del ser humano infantil proviene del respeto a su entorno social, su familia, su cultura, sus relaciones afectivas y sus condicionantes psicológicos.

1. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DEL ÁMBITO JURÍDICO

El concepto del “interés superior del niño” empezó a hacerse visible en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, a finales del siglo XIX (RAVETLLAT y PINOCHET, 2015: 907) aunque no con las connotaciones que ha adquirido en la actualidad.

En los ordenamientos jurídicos de otros países fue necesario esperar algún tiempo para que este concepto fuese considerado en sus legislaciones. Ya entrado el siglo XX se introduce un concepto muy similar en la legislación británica y en la segunda mitad del mismo siglo, en la italiana (RAVETLLAT y PINOCHET, 2015: 907) y la alemana (DE TORRES, 2006: 676).

En España habría que esperar a finales del siglo XX para que el ordenamiento jurídico integrara el concepto en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se equipararon los distintos tipos de filiación y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en la que se estableció un nuevo régimen de adopción y se introdujo la figura del acogimiento en el Derecho español. Ambas leyes refieren el “interés del hijo” o “interés del adoptado”, según sea el caso, en la toma de aquellas decisiones que le afecten en su ámbito personal.

La acuñación del término compuesto “interés superior del niño” vino a establecer la ruptura entre la concepción del niño como objeto de especial protección y cuidado por parte de los adultos a aquella otra en que se le considera sujeto de derechos propios, que es la actualmente vigente (RAVETLLAT, 2012: 92).

1.1. La conceptualización teórica del interés superior del niño

La evolución a lo largo del tiempo ha ido mostrando una relevancia creciente del concepto del “interés superior del niño”, sucediéndose

distintas calificaciones teóricas sobre la esencia del mismo en que todas ellas comparten un ánimo común que no es otro que el de tomar decisiones acertadas para el desarrollo de la vida del niño, en que resultan de relevancia las obligaciones conferidas a los Estados por los instrumentos internacionales.

1.1.1. El rango de principio

Existe unanimidad al considerar que el “interés superior del niño” es un principio, aunque dada la generalidad del término, cabe destacar el peligro de que esté más orientado a priorizar intereses adultos o, incluso, institucionales, que infantiles (MARRÉ y SAN ROMÁN, 2012).

El primer sentido que se ofreció al término del “interés superior del niño” se aprecia en la legislación francesa del siglo XIX, ya citada, en que se le confirió la denominación de *concepto abstracto elevado al rango de principio general del derecho* (RAVETLLAT y PINOCHET, 2015: 907). Sin embargo, como tal concepto abstracto, era insuficiente para expresar un contenido que sirviese razonablemente de orientación al operador jurídico o al técnico que hubiese de tomar una decisión sobre el niño.

En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 el concepto del “interés superior del niño” aparece como “principio rector” para los responsables de la educación y orientación del niño, el cual incumbe principalmente a los padres. Así expresado, no puede entenderse que los poderes públicos queden excluidos de contemplar el “interés superior del niño” como guía de sus políticas sobre infancia, si bien es cierto que la literalidad del texto tampoco permite deducir ese compromiso con total claridad. Por ello, el Comité creado en la posterior Convención de Derechos del Niño de 1989, se encargó de aportar luz a este asunto, señalando como una obligación que cualquier interpretación de los derechos recogidos en los artículos de la Convención fuese acorde con el concepto del “interés superior del niño”, con especial mención a las autoridades. De este modo, las políticas públicas quedaron plenamente incorporadas a este precepto (CILLERO, 2007: 126, 127), en que resulta de especial

importancia remarcar dos campos del ámbito público de particular atención a los niños por incidir significativamente en el futuro del niño: el de la educación y el de la protección.

En el ámbito de la protección infantil, el preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM en adelante) muestra el concepto del “interés superior del niño” como “principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el niño”, lo cual supondría una regresión (CILLERO, 2007: 133, 134) respecto de la concepción del “interés superior del niño” como “principio rector-guía” que había introducido la CDN, si no fuese porque el articulado de la LOPJM se refiere al “interés superior del niño” como principio rector y no como principio inspirador. Concretamente, la LOPJM menciona en su artículo 11.2 a) que la supremacía del interés superior del niño es “principio rector” de la actuación de los poderes públicos en relación con los niños y establece en el artículo 2 que “en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, a la vez que menciona el “interés del menor” en otros artículos de la ley. De ello se deduce que en el ámbito de la protección infantil, la delimitación del interés superior del niño adquiere una especial relevancia. En la actualidad, la citada Ley ha sido actualizada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOSPIA en adelante) en que el artículo 2 de la Ley original ha sufrido una gran transformación con una significativa acotación del concepto del interés superior del niño.

1.1.2. Norma positiva internacional y derecho sustantivo

La CDN es un instrumento jurídico con fuerza de ley, cuyo incumplimiento puede desembocar en la sanción de un Estado que la haya ratificado, en el caso de que no respete sus compromisos. La Convención otorga al principio del interés superior del niño un reconocimiento convencional al consagrarle un artículo específico, el

artículo 3, que establece mandatos vinculantes a tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos. El citado artículo expresa lo siguiente:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Dicha Convención alcanzó muy pronto un amplio consenso universal (AGUILAR, 2008: 227), por lo que los países que la ratificaron debieron incorporar a sus ordenamientos jurídicos una regulación específica sobre el concepto del interés superior del niño (SANTOS, 2012). En España, algunas leyes posteriores a la CDN, han incidido directamente en el contenido del Código Civil, por lo que han dotado al concepto del interés superior del niño de una sustantividad propia. Además, el hecho de dedicar el artículo 2 LOPJM específicamente al interés superior del niño tiene la ventaja de poder ser invocado en un litigio como derecho sustantivo del niño (AÑÓN, 2015), pudiendo denunciarse su vulneración mediante recurso de casación ante el Tribunal Supremo. A su vez, ello permite vencer las objeciones de algunos investigadores sobre la

indeterminación del concepto y los peligros inherentes (CILLERO, 2007: 126), dado que el Alto Tribunal debe pronunciarse sobre la correcta o incorrecta aplicación del precepto legal, lo cual redundaría en una especial seguridad jurídica. Sin embargo, la aplicación práctica muestra que no siempre los tribunales han delimitado el “interés superior del niño” en el ámbito de la protección infantil.

En la actualidad, el único país que no ha ratificado la CDN es Estados Unidos, puesto que Somalia y Sudán del Sur lo hicieron recientemente.

1.1.3. Calificación de “consideración primordial”

Ya en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, antes citada, se consideró fundamental tomar en cuenta el “interés superior del niño” a la hora de dictar leyes, involucrando así a los poderes públicos: el legislador de forma directa y los otros dos poderes de forma indirecta. Con posterioridad, en la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)” se insta a que en el seno de las familias se considere primordial el interés de los hijos. Finalmente, la CDN instituye una nueva directriz respecto del “interés superior del niño” con el siguiente contenido: “el interés superior del niño debe ser una consideración primordial” dirigido como mandato imperativo a instituciones públicas o privadas y a todos los poderes públicos (CILLERO, 2007: 248), lo cual se reitera en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000, descendiendo de este modo, del ámbito internacional al Derecho de la Unión Europea. Posteriormente, la Observación General nº 14 del año 2013 adoptada por el Comité de los Derechos del Niño está especialmente dedicada a tratar la cuestión aquí considerada (RAVETLLAT y PINOCHET, 2015: 905).

La interpretación más extendida que se ha otorgado a la “consideración primordial” del “interés superior del niño” ha sido la de entender que los derechos infantiles son prioritarios a los de los

adultos o, cuando menos, han de ser ponderados por encima de los de estos últimos, especialmente cuando los derechos de unos y otros entran en conflicto (CILLERO, 2007: 246). Para ello conviene conocer las opciones que se plantean ante cualquier problema que sufra un niño, delimitar sus intereses frente a los de los adultos y establecer las oportunas valoraciones (ZERMATTEN, 2003: 15), determinando un vínculo de necesidad entre el “interés superior del niño” y la resolución que se ofrezca del dilema (DE BARTOLOMÉ, 2012: 53). Dicha postura se justifica en base a la especial condición del niño, como se desprende de la Observación general nº 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

La calificación de “consideración primordial” tiene también una significación en el ámbito procesal, ya que, tanto la ley como la jurisprudencia han determinado que en asuntos en los que se encuentran implicadas personas menores de edad, algunas cuestiones procesales que rigen el proceso civil se deben excluir de aplicación. El objetivo de ello es dotar al proceso de la máxima flexibilidad para no obstaculizar la determinación y el estudio del interés superior del niño. Así, la jurisprudencia muestra la relajación del principio procesal de perpetuación de la acción (*perpetuatio actionis*) tal como destaca la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, o de los principios dispositivo y de preclusión, íntimamente relacionados entre sí, como muestran las sentencias TC 58/2008 de 28 de abril, TC 75/2005 de 4 de abril o TS 565/2009 de 31 de julio, entre otras.

La LOPJM por su parte, obliga en interés del niño a actuar de forma flexible, como indica su disposición adicional tercera que sigue vigente pese a las reformas posteriores que han tenido lugar tras su inicial promulgación: *Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.* En aplicación de dicho precepto, los altos tribunales deberían ser especialmente

transigentes con la flexibilización de la fase de admisibilidad de aquellos recursos que se les planteen en que se encuentre implicado el interés superior del niño.

1.1.4. Cuestión de orden público

El orden público hace referencia a todos aquellos principios que una sociedad considera fundamentales para mantener una convivencia pacífica y expresa una situación de especial armonía en las relaciones humanas dentro de la colectividad. Por ello, en tanto que la sociedad está profundamente involucrada en el respeto a los derechos de los niños, el “interés superior del niño” es cuestión de orden público (RIVERO, 2007: 36), y afecta al orden social establecido y no únicamente a las personas sobre las que incide directamente.

Con la idea de orden público se hace prevalecer el interés colectivo sobre el interés individual (ROSALES, 2013: 94). Cabe preguntarse si esta última premisa es coherente con el hecho de que el “interés individual” del niño en cuestión deba primar sobre cualquier otro interés legítimo que concurra y, en concreto, sobre el interés colectivo. La coherencia se alcanza cuando el interés colectivo coincide con el interés superior del niño, aunque pueda discrepar del interés individual de terceras personas con intereses legítimos respecto de las relaciones con el niño.

Las consecuencias de que el interés del niño se considere cuestión de orden público obliga a que la normativa que lo refiere sea observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los niños (sentencias TC 141/2000 de 29 de mayo, TS 614/2009 de 28 de septiembre y TS 323/2012 de 25 de mayo) al calificarlo de estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional (sentencia TC 141/2000 de 29 de mayo). Además, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del niño para actuar defendiendo sus propios intereses (sentencias TS

54/2011 de 11 de febrero y TS 258/2011 de 25 de abril, TS 823/2012 de 31 de enero de 2013), siendo de ineludible observancia (sentencia TC 58/2008 de 28 de abril). Especial relevancia adquieren aquellas acciones que pueden modificar el estado civil de las personas menores de edad (FELIU, 2005), tales como las acciones de filiación o las medidas de protección que pueden incidir en el cambio de familia del niño y finalizar con la adopción. El orden público español comprende las normas reguladoras de los aspectos fundamentales de la familia y, en concreto, de las relaciones paterno-filiales, los derechos y deberes fundamentales y los principios constitucionales.

1.2. Consolidación como concepto jurídico indeterminado

La consideración del “interés superior del niño” como concepto jurídico indeterminado se configura como una norma abierta, flexible y ponderable desde el punto de vista legislativo, respondiendo a un concepto mucho más dinámico en el ámbito judicial que ha ido perfilando su delimitación a través de la jurisprudencia, no sin las dificultades propias de su indeterminación (DE BARTOLOMÉ, 2012: 51, 52). En cambio, es prácticamente desconocida la aplicación del concepto por parte de algunas autoridades administrativas con los peligros que ello conlleva (ZERMATTEN, 2003: 15), aunque sí se menciona el concepto del “interés superior del niño” de forma retórica a los efectos de justificar administrativamente su cumplimiento. Sin embargo, el problema de que se otorgue a instancias administrativas el control del “interés superior del niño” es que puede quedar al margen de las consideraciones jurídicas que le son inherentes si los técnicos no tienen la formación jurídica adecuada para ponderar los derechos de que se priva a un niño ante una concreta decisión, frente a la entidad de los que se pretenden salvaguardar.

1.2.1. Consideración de un derecho constitucional

El “interés superior del niño” es, en sí, un derecho constitucional, lo cual se desprende del recorrido a través del articulado de la Constitución española (RIVERO, 2007: 42, 43) y de los Tratados internacionales sobre derechos humanos que constituyen el límite inferior de protección del derecho (DE BARTOLOMÉ, 2012: 55). Sin embargo, las leyes, ya sean orgánicas u ordinarias, pueden ampliar la protección de esos derechos pero, en ningún caso, reducirla. El derecho comparado muestra que el “interés superior del niño” se considera también un derecho constitucional en los ordenamientos jurídicos occidentales, como en el Derecho alemán (DE TORRES, 2006: 681), en el italiano (DEL VAS, 2009: 2600) o en el chileno (BAEZA, 2001: 357).

Para proteger debidamente el “interés superior del niño” desde un enfoque constitucional es necesario, a veces, tomar medidas que condicionan el desarrollo de la personalidad del niño, pero nunca puede ser para limitarlo, sino para favorecerlo (ROCHA, 2015: 48) si, por cualquier motivo, se viese comprometido. Un aspecto esencial de la dimensión constitucional del “interés superior del niño” es la correcta ponderación, valoración y decisión sobre el citado concepto por parte de los órganos judiciales (ROCHA, 2015: 59). De otro modo, la lesión constitucional supone un daño de dimensión mucho más significativa que para un adulto, dado que la infancia es un tiempo esencial para la formación de la personalidad que, una vez desviada por efecto de una incorrecta decisión, puede no ser recuperable, además de que condicionará el adulto que llegará a ser.

El interés superior del niño guarda estrecha relación con derechos constitucionales como el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE), a la protección de la familia y de la condición de niño con independencia de su filiación (artículo 39 CE). Del mismo modo, el interés superior del niño está vinculado con el principio de igualdad

(RIVERO, 2007: 90) o el de seguridad jurídica (RIVERO, 2007: 92) sin colisionar con ellos.

1.2.2. Concepto interpretable y dinámico

La CDN destaca derechos generales que deben ser respetados para cualquier niño, tales como derechos que son propios de la condición infantil y que permiten el adecuado desenvolvimiento de sus actividades asociadas. A pesar de ello, no cabe duda de que las circunstancias de cada niño pueden ser distintas y resulta necesario analizarlas para determinar su interés superior (LÁZARO, 2011). En este sentido, se vulnera el propio interés de un niño cuando en la toma de decisiones en un asunto que le afecte no se considera, o no se delimita correctamente, cuál es ese interés. Es decir, cuando el “interés superior del niño” no ha sido principio rector de la decisión, o consideración primordial, o cuando se ha ignorado como derecho constitucional, este derecho ha sido vulnerado (RIVERO, 2007: 36, 37). Ello ocurre cuando el concepto del “interés superior del niño” se utiliza de forma retórica, bajo políticas más centradas en satisfacer necesidades adultas que infantiles y sin aproximación al caso; frecuente en el ámbito administrativo, especialmente cuando no existe control riguroso por parte de un ente superior.

Que el concepto del “interés superior del niño” sea dinámico (RAVETLLAT, 2012: 92) significa que es cambiante, que no puede ser conocido *a priori* y que debe ser evaluado en el momento en que interesa tomar una decisión sobre el niño. De ello se deduce que el transcurso del tiempo es un elemento esencial a considerar como criterio ponderativo del “interés superior del niño” como se desprende del artículo 2 LOPJM, además de que debería ser objeto de continua revisión ante el cambio de circunstancias.

1.2.3. Materia interdisciplinar

El “interés superior del niño” es una materia interdisciplinar en el sentido en que, para su delimitación, debe atenderse tanto a los

cambios propios del crecimiento infantil, lo que provoca que la mayoría de las legislaciones distingan entre niño y adolescente, como a las distintas facetas que afectan al desarrollo del niño, entre las que destacan los aspectos médicos, psicológicos y sociales que, conjuntamente, determinarán la solución jurídica que resulte conforme con el “interés superior del niño” (SANTOS, 2012) en que es crucial la intervención de expertos en materia psicosocial (DE TORRES, 2006: 678) a fin de tomar decisiones acertadas.

Más allá de lo meramente cuantificable, pese a la subjetividad que puedan suscitar las mediciones, el “interés superior del niño” incluye aspectos mucho más profundos, como la dignidad del niño, su esencia de ser humano, el componente ético inherente al tratamiento que recibe o la garantía de la protección de sus condiciones morales (CORTINA, 2013: 121). En definitiva, abordar el “interés superior del niño” implica no solo procurar su seguridad física y mental, sino especialmente proceder a estimar su valor intrínseco respetando su espacio de intimidad, fomentar su confianza y altruismo, formar su carácter para lograr felicidad y ser capaz de cuidar de sí mismo y de otros, capacitarle para conquistar la libertad propia respetando la ajena, para ser profesional y actuar con justicia respecto al prójimo.

1.3. Huida de la indeterminación: norma de procedimiento

La Observación general nº 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño estableció novedosamente que el “interés superior del niño” debía considerarse una norma de procedimiento. Hasta ese momento, no existían estudios doctrinales que identificasen el “interés superior del niño” como “norma de procedimiento”, mientras que sí se había considerado un derecho sustantivo del niño y un principio jurídico interpretativo fundamental, siendo esas tres dimensiones las que el Comité destaca como integrantes de la expresión del “interés superior del niño”. Esta nueva dimensión del “interés superior del

niño” no es contraria a los conceptos previamente apuntados, sino complementaria, pues incide en el modo de evaluar el “interés superior del niño” con el fin de evitar que pueda quedar sin examinar algún aspecto importante de la vida del niño. Por tanto, hay que entender que el “interés superior del niño” debe quedar determinado en todo procedimiento que afecte a la población infantil, huyendo al máximo de la improvisación sobre el citado concepto, especialmente en aquella casuística que ya consta de precedentes, limitando, así, la discrecionalidad en cualquier ámbito de decisión (legislativo, administrativo o judicial) y evitando cualquier posibilidad de caer en la arbitrariedad.

Un ejemplo de norma de procedimiento en referencia al “interés superior del niño” lo contiene el artículo 92.8 CC que fue objeto de estudio por parte del Tribunal Constitucional al haber sido interpuesta cuestión de inconstitucionalidad contra dicho precepto legal. La sentencia TC 185/2012 de 17 de octubre en que se examina la citada cuestión de inconstitucionalidad, identifica la norma de procedimiento en el artículo mencionado por el hecho de que expresa una forma de actuación en relación al “interés superior del niño”, en este caso, impuesta al juez que debe tomar la decisión que se le plantea. El hecho de que una parte del precepto legal fuese declarada inconstitucional no afecta a la existencia de la norma de procedimiento, aunque ésta tuviese que ser modificada.

Ante ello, cabe plantearse si aquellos preceptos legales en que se invoca el “interés superior del niño”, o se presume, pero no se define la norma de procedimiento que debe regirlo, incurren en algún defecto jurídico que deba ser resuelto. Por ejemplo, el artículo 161 CC expresa una norma de procedimiento a la hora de suspender el derecho de visitas de un niño bajo tutela administrativa con sus parientes y allegados, sin embargo, no existe precepto alguno que exprese un procedimiento para la regulación de dichas visitas, quedando patente que es un derecho del niño relacionarse con sus familiares, según el artículo 160 CC. De este modo el derecho puede no respetarse por la entidad tutora, a menos que sea reclamado en sede judicial.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

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

2.1. Directrices de la Convención de Derechos del Niño

España ratificó la CDN en el año 1990. Con ello comprometió a todos los poderes del Estado a velar por el interés superior de cualquier niño que se encontrase en territorio nacional, fuese español o extranjero, interpretado de conformidad con el resto de los artículos del citado convenio internacional. Concretamente, la ratificación de la CDN por parte de España supone acatar el contenido del citado tratado internacional respecto del concepto del “interés superior del niño” tal como lo expresa el artículo 3.1 de la CDN en que lo destaca como “consideración primordial”.

Algunos de los autores que han barajado el “interés superior del niño” como concepto válido para la resolución de conflictos de derechos o el establecimiento de límites en el reconocimiento de derechos, tales como DE BARTOLOMÉ (2012: 53) o ZERMATTEN (2003: 15), lo han hecho entendiendo que los derechos en conflicto son por un lado, los del niño; y por otro lado, los de terceras personas, tales como padres, tutores o cuidadores. Sin embargo, otros autores como CILLERO (2007:136) o DE TORRES (2013: 603) plantean un conflicto de derechos de entre los que pertenecen al propio niño, ya que la redacción del artículo 3 de la CDN no permite descartar dicha posibilidad; sin que ello invalide la postura de los primeros autores citados. Por ello, el “interés superior del niño” puede interpretarse como un concepto especialmente importante en caso de que varios derechos de un niño entren en conflicto y no puedan ser satisfechos de forma simultánea. Así, la intervención de las instituciones sobre la vida del niño ha de garantizarle la mejor protección de sus derechos, obligando a los poderes públicos a averiguar la prioridad entre ellos cuando no todos puedan alcanzarse simultáneamente.

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

que se plantean ante cualquier problema que sufra un niño (ZERMATTEN, 2003: 15).

Si el primer apartado del artículo 3 de la CDN se refiere explícitamente al concepto del “interés superior del niño”, el apartado 2, en estrecha conexión con el primero, detalla la responsabilidad del Estado en la protección y el cuidado de los niños, contando con la propia familia del niño, entendida ésta en sentido amplio, al no referirse únicamente a los padres. Esta es otra muestra de la estrecha relación existente entre el “interés superior del niño” y su adecuada protección y cuidado, ya que es precisamente cuando el niño se enfrenta a situaciones de desprotección cuando sus derechos son más vulnerables. Así, el apartado 2 del artículo 3 expresa la obligación de comprometer a los familiares del niño en su bienestar. Por tanto, no puede abordarse la protección de un niño con total independencia de las opiniones y posibilidades de sus familiares más cercanos, respecto de los cuales el niño puede tener derechos de convivencia o, cuando menos, de relación. En este sentido, se reconoce que el niño no puede considerarse, como se entendía antiguamente, “mero objeto de protección” (AGUILAR, 2008: 229), por lo que, para el completo respeto a su superior interés, es necesario que su protección sea efectiva, adecuada y ajustada a sus circunstancias, tanto físicas como psíquicas, sociales, familiares y personales (SCHREINER, 2010). Otra importante deducción del artículo 3.2 de la CDN es la implicación de todos los poderes del Estado en la protección de un niño, tanto el legislativo al que se hace referencia explícita, como el ejecutivo, que interviene en la ejecución de las medidas administrativas a las que también se refiere explícitamente, como el judicial que entraría en juego por aplicación directa de la ley, que prevé la impugnación ante la jurisdicción civil de decisiones de protección y/o cuidado que familiares o allegados del niño o, incluso, el propio niño en función de su madurez y comprensión, puedan considerar no ajustadas a derecho o vulneradoras de sus derechos.

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

último apartado del artículo 3 de la CDN hace hincapié en el cuidado y la protección del niño cuando no se encuentra bajo el manto de su entorno familiar, sino fuera de su familia, cualquiera que sea el motivo para ello. La redacción de dicho apartado pone de manifiesto que cuando un niño se encuentra fuera del ámbito familiar, es más susceptible de sufrir vulneración en sus derechos fundamentales, por lo que la CDN ha considerado oportuno recordar a los Estados Parte que tomen especiales precauciones para que no se produzca la vulneración del “interés superior del niño” que se encuentra bajo la responsabilidad de instituciones públicas, ya sea con el consentimiento de los padres o guardadores (en escuelas, hospitales, centros de ocio, etc.) o por efecto del sistema de protección con o sin el beneplácito de padres o guardadores (en centros de internamiento, medidas de guarda y acogimiento, etc.).

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

Así, cuatro son los pilares sobre los que se asienta la CDN para delimitar el “interés superior del niño”: el primero y más importante se refiere al respeto a las relaciones familiares del niño, el segundo a su correcta y efectiva protección, el tercero a su derecho a convivir en un entorno familiar y, si es conveniente, adquirirlo como propio, mediante la adopción. Por último, el interés superior del adolescente delincuente que, por este motivo, se encuentra privado de libertad, reclama la atención de las instituciones para que reciba un tratamiento especial y educativo. De estos, se profundiza a continuación en los tres primeros.

2.1.1. El derecho del niño a sus relaciones familiares

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

sus familiares, especialmente con sus padres, aunque otros familiares adquirirán relevancia en caso de que, por algún motivo, estén ausentes los padres. El artículo 2 de la CDN destaca una estrecha relación entre las condiciones del niño y las de sus padres, de quienes el niño recibe, y debe recibir, la mayor parte de sus influencias, lo cual debe ser causa de respeto por parte del resto de la sociedad y no de discriminación (CARMONA, 2011: 83). Tanto el artículo 5 como el 14 de la CDN destacan los derechos y los deberes de los padres respecto de sus hijos, dotando a los primeros de la debida autoridad. Del artículo 18 se deduce que los Estados Parte deberán exigir a los padres las correspondientes obligaciones respecto de sus hijos pero, a su vez, deberán respetar el modo en que los padres quieran ejercer dichas obligaciones, especialmente en los aspectos educativos, religiosos y culturales con los que se identifican los padres (MOERMAN, 1996: 150), ya que recibir esa herencia a través de la autoridad paterna ha de considerarse un aspecto esencial del interés del hijo. Los primeros apartados de los artículos 7 y 9 destacan el derecho del niño a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y permanecer con ellos, aunque en ambos casos establece la posibilidad de que ese derecho decaiga o sea inexistente cuando se cumplen ciertas condiciones. Por tanto, ha de interpretarse que el derecho del niño a permanecer con sus padres no es un derecho absoluto sino condicionado, precisamente, por el "interés superior del niño" (DE TORRES, 2013: 603, 604) que, a su vez, se reconoce vulnerado en caso de maltrato o descuido por parte de los padres. La detección de estas situaciones es, precisamente, el objetivo de las leyes en materia de protección infantil. El apartado 3 del artículo 9 de la CDN menciona el derecho del niño a relacionarse con sus padres cuando no convive con ellos o con alguno de ellos. Sin embargo, según la redacción del citado artículo, el niño puede verse privado de dicho derecho si mantenerlo no responde a su interés superior. Ello deja abierta la posibilidad de que los Estados Parte definan qué derecho debe protegerse al privar a un niño de la relación con alguno de sus padres o con ambos, de tal manera que pueda decirse que la ausencia de contactos entre padre o madre e hijo proporcione al último alguna

ventaja, de la cual se vea privado al mantener los contactos. Además, mantener dicha ventaja deberá considerarse un derecho de carácter superior al derecho de relación del niño con su padre o madre. De lo contrario, no se alcanzaría el “interés superior del niño” al impedirse un derecho para respetar otro de menor entidad (DE TORRES, 2013: 661). Quizás la interpretación que deba darse a este apartado de la Convención sea que el derecho de relación del niño con el progenitor con el que no convive es el menos importante de sus derechos y que cualquier otro derecho que pueda verse vulnerado al mantener el derecho de relación, debe prevalecer. Ahora bien, resultaría necesario esclarecer cuál es el derecho a proteger, de lo contrario, el “interés superior del niño” se mantendría en un plano abstracto, indefinido y alejado de la realidad, además de que no tendría en cuenta la forma de evaluación del “interés superior del niño” que impone su tratamiento como una “norma de procedimiento”.

En el caso en el que el niño haya sido separado de sus padres, incluso aunque haya sido por motivos de protección, tiene derecho al retorno a la convivencia con ellos, lo cual se desprende de los artículos 7, 8, y 9 de la CDN (CARRILLO, 2002: 260), aunque con mayor claridad lo expresa el Convenio para la Protección del Niño, constituido en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España el 30 de junio de 1995, instrumento internacional que, a modo de principio general, impone el siguiente reconocimiento: *Los Estados signatarios del presente Convenio, reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, recordando que cada Estado deberá tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.* En definitiva, la CDN y otros instrumentos internacionales demuestran la importancia de la familia natural en el desenvolvimiento de la vida del niño, por lo que ésta debe ser respetada.

Por último, la CDN realiza múltiples referencias a la familia en general, aunque pocas a otros familiares del niño distintos a los padres. Aun así, el artículo 5 se refiere a la “familia ampliada”, el

artículo 9.4 menciona expresamente otros familiares que pudieran sustituir a los padres y el artículo 22 se pronuncia en el mismo sentido, siendo que el artículo 25 reconoce el derecho del niño a la revisión periódica de su internamiento, ya sea por motivo de protección u otro distinto, a fin de poderse reunir de nuevo con su familia (MOERMAN, 1996: 151, 152). Por eso, ante la incapacidad o imposibilidad de los padres para afrontar alguna necesidad básica de los hijos, los Estados han de contar con la participación de otros familiares del niño, como una obligación deducida de la propia relevancia que la CDN otorga a la institución familiar en sentido amplio del concepto.

2.1.2. El derecho del niño a la protección

La CDN relaciona de forma especial el concepto del “interés superior del niño” con su derecho a la protección. Así, el artículo 9 establece la relación entre los derechos del niño a la convivencia con sus padres, por un lado, y a ser protegido, por otro lado; de tal manera que la separación de un niño de sus padres ha de responder a un motivo de salvaguarda de la integridad física o moral del primero que, a su vez, identifica con su interés superior. De ello se deduce que el derecho a la protección del niño se considera superior a su derecho a permanecer con sus padres cuando son éstos los que le perjudican de algún modo (DE TORRES, 2013: 605), estableciéndose así una jerarquía entre esos dos derechos del niño (MOERMAN, 1996: 150, 151). Ahora bien, la atención al “interés superior del niño” exige especificar de qué peligro se separa al niño al privarle de su familia, así como la magnitud del peligro, sin perder de vista que cuando un niño pierde la convivencia en su entorno familiar se le somete a un cambio de vida que puede perjudicarlo más que beneficiarlo, lo cual también habría de ser objeto de evaluación técnica (DE BARTOLOMÉ, 2012: 55-58), pues la pérdida de la familia no es comparable con ninguna pérdida material y ha de entenderse que afecta a su derecho constitucional a la integridad moral (artículo 15 CE).

El hecho de que el Comité de Derechos del Niño eliminase cualquier castigo físico justificado en la facultad de corrección de los padres a los hijos fomenta que cualquier castigo que el padre imponga al hijo pueda ser susceptible de ser calificado como acto que requiere una medida de protección institucional, con independencia de la intensidad del castigo y el daño causado (POUS, 2014: 1384), lo cual entraña los peligros inherentes a la subjetividad en la concepción de diferencias culturales o educacionales (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2013: 3). Estos planteamientos obligan a la investigación de opciones saludables ante determinados problemas que eviten vivencias traumáticas para los niños, tales como la separación innecesaria de su familia que conllevaría la vulneración de sus derechos.

2.1.3. El derecho del niño a una familia alternativa

Los artículos 20 y 21 de la CDN inciden en el concepto del “interés superior del niño” en casos de protección, en que cabe destacar la importancia que se otorga al hecho de que un niño se desarrolle en un medio familiar (MOERMAN, 1996, 151), si no el suyo de nacimiento, uno alternativo que lo sustituya con efectos protectores. Aun así, la familia de origen se considera de tal importancia que se exige “particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, así como las debidas garantías jurídico-institucionales para la sustitución de una familia por otra a través de la adopción, ya sea en el ámbito nacional o en el internacional (CARRILLO, 2002: 260-263), cuando esto sea estrictamente necesario.

El concepto de familia alternativa adquiere relevancia para un niño cuando su familia de origen se considera incapacitada para su cuidado, una vez que se le han otorgado las debidas oportunidades para hacerlo. Dichas oportunidades no se ofrecen a la familia como una concesión merecida, sino por el derecho del hijo a crecer en su propia familia, de modo que la privación de ese derecho responda a un derecho superior, el de estar protegido y cuidado y garantizar un correcto desarrollo de su personalidad. De esta forma, se persigue

que, cuando el niño alcance la vida adulta, conozca las circunstancias que llevaron a la decisión de separación familiar y las considere justas y razonables, por dolorosas que puedan ser. De otro modo, sentirá que su infancia se ha manipulado.

Ciertamente, se otorga escasa importancia al hecho de que un niño al que se separa de su familia pueda llegar a ser un adulto resentido, ya que no existen estudios que evalúen estos sentimientos de desarraigo. Por el contrario, sí existen datos de niños o adolescentes que aprecian el cambio de familia como un privilegio inmerecido que nunca podrán agradecer suficientemente, lo cual es tan negativo como lo anterior, pues denota que el niño desconoce su valía intrínseca y su propia dignidad de ser humano. Éste es, en ocasiones, un sentimiento que percibe de su propio entorno (CRESPO, 2008: 177).

El concepto de familia de origen que aparece varias veces en el Código Civil en relación a ciertos artículos que guardan relación con la protección infantil, por ejemplo el 160 CC, 172 CC o 176 CC, y que se encuentra también en la LOPJM; es un concepto que se da por entendido pero que esconde matices que es necesario abordar y clarificar. La importancia de la familia de origen radica en que, cuando el niño es separado de ella por cualquier motivo, tiene derecho al retorno, al menos durante un tiempo prudencial, que el Código Civil establece en el artículo 172.2 CC, en un plazo de dos años, siempre y cuando la familia muestre interés y decisión por cuidar del niño y, por supuesto, responda al interés de este último (NÚÑEZ, 2015: 126).

Por lo general, la familia de origen se refiere a la familia biológica y, más concretamente, a los padres. Sin embargo, cabe preguntarse si aquellos niños que, desde su nacimiento, conviven con personas distintas a los padres (por ejemplo, con los abuelos o con una familia de acogida), tienen derecho a conservar esa familia en la que han adquirido sus primeros afectos. Pese a la relevancia que estas familias sustitutas pueden representar para el niño, es claro que ni la legislación ni la jurisprudencia les otorga la importancia que

requieren, teniendo en cuenta que encajarían dentro del concepto de “familia de origen”.

2.2. Influencia del Derecho de la Unión Europea

Para completar las referencias al “interés superior del niño” en todos los ámbitos jurídicos en los que España participa, es necesario referirse al Derecho de la Unión Europea en el que existe referencia al “interés superior del niño” en algunas de sus cartas y recomendaciones, sin que ofrezcan mayor delimitación del citado concepto que el ya considerado en la CDN. En RIVERO (2007: 48, 49) se realiza una enumeración exhaustiva de convenios y tratados internacionales, entre los que figuran los relativos a la Unión Europea, en que está implicado el concepto del “interés superior del niño”, ya sea de forma directa o indirecta, entre los que cabe destacar:

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

Si bien los anteriores instrumentos expresan los derechos de los que debe gozar el niño, es importante destacar que deben también existir instrumentos para velar para que el cumplimiento de esos derechos sea una realidad. Así, en el año 2007, la UE se preocupó de establecer las “Directrices para la promoción y protección de los derechos del niño” en un documento que destaca como una preocupación especial de la UE la protección de los niños migrantes. Tras el establecimiento de las citadas directrices, se inició la promoción y protección de los derechos de los niños mediante la revisión de “todas las formas de violencia contra el niño”.

En el año 2017, el Consejo de la UE emitió un documento bajo el título de “Revisión de las directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño”, induciendo a pensar que pudiese ser una publicación de los resultados obtenidos tras la aplicación de las directrices establecidas en el año 2007. Sin embargo, tras la atenta lectura del nuevo documento se aprecia que los resultados que ofrece sobre la situación mundial de la infancia son desalentadores, entre los que se mencionan algunos que se refieren a cuestiones de protección infantil. Ello permite establecer que las directrices del año 2007 no produjeron los efectos deseados, por lo que el documento de 2017 propone nuevas directrices y compromisos para las instituciones europeas haciendo especial referencia a los derechos humanos del niño. Es de destacar que, en este contexto, se identifica un modelo que sería plenamente aplicable al sistema de protección infantil, en lo que califica como un *enfoque de fortalecimiento de sistemas* y que permitiría alcanzar el “interés superior del niño”, siempre y cuando estuviese correctamente establecido. Puede decirse que, en España, no se ha conseguido ese modelo respetuoso con las medidas promovidas por la CDN pese a los años transcurridos desde su ratificación, por lo que las nuevas directrices deberían tener un papel relevante como guía de un nuevo sistema de protección estructurado y coordinado a nivel global y radicalmente distinto. Esto se desprende tanto de las recomendaciones que el Comité de Derechos del Niño de la ONU ha hecho a España como de las sentencias del TEDH en este sentido.

2.3. La Constitución Española

El artículo 10.2 CE obliga a que toda norma en referencia a un niño sea interpretada a la luz de su interés superior, pese a que no mencione el concepto de forma explícita (DE BARTOLOMÉ, 2012: 55). Este artículo no otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los tratados internacionales a no ser que estén también recogidos en la Constitución Española, como expresa la sentencia TC 36/1991 de 14 de febrero. Sin embargo, en el caso

del “interés superior del niño”, el artículo 39.4 CE aprecia la vinculación de España a dicho concepto desde el momento en que ratificó la CDN; tal como se ha justificado previamente al reconocer el propio “interés superior del niño” como un derecho constitucional aplicable al niño ante cualquier conflicto que le afecte en su esfera familiar y personal (RIVERO, 2007: 38). Es de especial relevancia constitucional la investigación de la paternidad, de la que no puede quedar exenta la paternidad adoptiva, íntimamente relacionada con las medidas de protección infantil establecidas en el ámbito estatal. A pesar de ello, los conflictos sobre paternidad que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional se han referido siempre a la determinación de la paternidad biológica.

2.4. La legislación civil

La legislación civil hace frente a las diversas situaciones adversas a las que se enfrentan los niños y que no favorecen su desarrollo personal integral, o que les provocan sufrimientos, en las que el “interés superior del niño” está presente, pese a que no siempre se menciona de forma explícita.

Algunas situaciones que afectan al niño no suponen actuaciones delictivas ni negligentes por parte de ningún adulto, ni la existencia de disfunción de su entorno familiar, tales como la necesidad del niño de recibir atenciones educativas especiales (GONZÁLEZ-GIL, 2011, 60), las enfermedades prolongadas (CANO, 2009: 99, 100), la discapacidad (ALONSO, 2008: 25), la vivencia de catástrofes fortuitas o desgracias que afecten al niño (BORONAT y RUIZ, 2009: 222), la aparición en los medios de comunicación (AÑÓN, 2015) (AZNAR, 2009: 21-56) o la recepción de publicidad engañosa (CATALÁN, 2009: 158), entre otras.

Otras situaciones en las que un niño puede encontrarse, pueden ser causadas por su propio comportamiento, ya sea ilícito, como en el caso del adolescente delincuente (CILLERO, 2007: 243), ya sea por su libre elección de una opción lícita, tal como la del adolescente emancipado (FERRANDO, 2009: 177-200) o la del que se encuentra

incorporado al ámbito laboral (GARCÍA PONDAL, 2009, 201). Todas esas situaciones especiales requieren de un desarrollo normativo con el fin de que se mantenga el respeto por los derechos de los adolescentes teniendo en cuenta sus concretas circunstancias.

Una gran mayoría de niños se enfrenta hoy a situaciones familiares que influyen en sus derechos y, por tanto, en su interés superior. Tales situaciones pueden ser fruto de relaciones extramatrimoniales (LIÑÁN, 2015: 7) o de los conflictos intrafamiliares entre adultos (SANTANA, 2014), o de las decisiones de los adultos, tales como la reproducción asistida (BARBER, 2010: 34) o las separaciones de pareja, que la legislación regula en el Código Civil y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BENEYTO, 2009: 70, 71), o la maternidad subrogada (ÁLVAREZ DE TOLEDO, 2014: 16, 17), etc. A excepción de esta última que no está permitida en España, el resto de situaciones responden a opciones legítimas o al menos, no ilegales, que los adultos pueden tomar libremente y cuyos efectos el niño deberá aceptar, bien por acuerdo entre los adultos, por el consentimiento de éstos, o por decisiones judiciales fundamentadas en el “interés superior del niño” que, por lo general, respetarán y favorecerán las relaciones personales del niño.

Por último, algunos niños se enfrentan a situaciones familiares de incapacidad parental en que la injerencia profesional debe ser adaptada a la problemática existente preservando, en tanto sea posible, las relaciones familiares del niño (MARTÍN, 2007: 13).

2.4.1. El Código Civil

El Código Civil menciona el “interés superior del niño” cuando regula cuestiones acerca de las crisis matrimoniales, de la filiación y de la protección infantil. Esta última cuestión está recogida en el Título VII del libro I que trata las relaciones paterno-filiales, en los capítulos I a V, contemplando desde el ejercicio de la patria potestad hasta la constitución de la adopción, pasando por todo tipo de medidas de

protección intermedias tales como la tutela y la guarda administrativa y el acogimiento. También el título X del mismo libro que trata de “la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados” contempla el “interés superior del niño” en todos sus capítulos excepto el capítulo III dedicado a la curatela de personas mayores de edad, no siendo esta institución aplicable a personas menores de edad. El resto de los capítulos que se refieren a la tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho mencionan explícitamente el citado concepto. En general, todos aquellos artículos del Código Civil que tienen una incidencia en la esfera personal del niño hacen referencia al concepto del interés del niño. La incorporación al Código Civil de mención expresa al “interés superior del niño” obedece al mandato de la CDN de positivizar el concepto en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ahora bien, el Código Civil español lo hace de manera abierta y flexible y sin delimitación alguna de ese interés superior, dejando amplio margen al aplicador de la ley. Con ello la única obligación que le impone es la motivar las decisiones sobre el niño en su interés superior, es decir, expresar cómo delimita el concepto, qué criterios considera relevantes y cómo intervienen las circunstancias del niño en su valoración, incluyendo sus expectativas futuras (RAVETLLAT, 2012: 92, 93). Tras esa positivación, la práctica jurídica ha ido delimitando el concepto del “interés superior del niño”.

2.4.2. Las leyes específicas en materia de protección infantil

El concepto del “interés superior del niño” es especialmente relevante en la legislación específica en materia de protección infantil, en la que se da la circunstancia de que en sucesivas modificaciones legislativas ha sido objeto de revisión y reforma, adquiriendo progresivamente mayor protagonismo.

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

se ha mantenido desde la época romana prácticamente sin interrupción, aunque no puede decirse que fuese, en aquel entonces, una medida de protección infantil (CALZADILLA, 2003: 27), ya que su objetivo era favorecer a los adultos, siendo irrelevante el interés del adoptado (CORRAL TALCIANI, 2001: 9, 10).

En el proceso codificador que sufrió el Derecho español de la segunda mitad del siglo XIX, el interés de la persona adoptada continuó relegado a la más completa ignorancia, siendo la adopción un mero instrumento para satisfacer el deseo de paternidad de los adultos adoptantes (FERNÁNDEZ, 2014: 2, 3). En este sentido, puede decirse que el prohijamiento (DE DIOS, 2007: 177), figura ya utilizada en el siglo XIX, tenía un carácter más protector que la adopción y respondía mejor a los intereses y las necesidades del niño.

En la época franquista se mantuvieron tanto la institución jurídica de la adopción como el prohijamiento con las características precedentes. Sin embargo, en las leyes y documentos legales dictados tras la guerra civil española se establecen otras formas de guarda a modo de protección infantil. Tales documentos fueron los que, aun con deficiencias, se centraron en establecer formas para cubrir los intereses de los niños de la época (DE DIOS, 2007: 177, 178) afrontando, al menos, la necesidad básica y esencial de dotarles de familia, haciendo frente a las consecuencias sobrevenidas tras la reciente contienda civil que había dejado gran cantidad de niños huérfanos o abandonados.

La Ley de 24 de abril de 1958, aun en un contexto social muy distinto al actual y con prejuicios hoy ampliamente superados (como el que impedía que el adoptado fuese reconocido como hijo legítimo del adoptante), expone la adopción como un medio para beneficiar al niño adoptado, huyendo del interés de los adultos, al menos formalmente. Ahora bien, realiza una distinción entre la adopción plena que se permite a los abandonados y expósitos y la adopción menos plena destinada a los niños huérfanos (FERNÁNDEZ, 2014: 4), incurriendo en una discriminación que ni siquiera la propia ley es capaz de motivar razonadamente, expresando únicamente el hecho

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

La Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre Adopción supuso un avance en el reconocimiento de los derechos de los adoptados introduciendo en el proceso de constitución de la adopción el concepto de “conveniencia para el adoptado” (FERNÁNDEZ, 2014: 6) apartándose de la anterior concepción que incidía exclusivamente en el interés de los adultos (CALZADILLA, 2003: 30).

La primera ley española en materia de protección infantil tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 es la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Esta ley se adecuó al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE (CALZADILLA, 2003: 32), con lo que se limitó a equiparar la adopción adoptiva plena con la filiación por naturaleza mencionando el interés del hijo en el ámbito de la adopción en sus dos vertientes plena y simple.

Pocos años después la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, mas conocida como Ley de Adopción, reitera el concepto del interés del niño, especialmente del adoptado, reconociendo la finalidad de la adopción como medio de protección social para los niños privados de familia y el acogimiento familiar como solución previa, aunque no exclusiva, a la adopción. Esta Ley establece la primacía del interés superior del adoptado como uno de los principios informadores de la nueva normativa. Con ello, el “interés superior del niño” se configura como principio rector en la constitución de una adopción (CALZADILLA, 2003: 36) o un acogimiento familiar, en que es de crucial importancia la obligatoria intervención administrativa. En efecto, como bien reconoce la citada Ley en su preámbulo, la intervención

administrativa se pensó, con muy buen criterio, para impedir transacciones privadas y, de este modo, evitar el “odioso tráfico de niños”. Ahora bien, la intervención administrativa ha tenido una incidencia mucho más amplia que la mera evitación de ese tráfico, impidiendo, incluso, soluciones de protección totalmente válidas y respetuosas con el “interés superior del niño”, al impedir, por ejemplo, que sean los padres los que seleccionen a los adoptantes de sus hijos entre sus familiares o amigos, o al decidir ofrecer en adopción niños cuyos padres pueden y quieren hacerse cargo de ellos, como ocurrió en el mediático caso de María José Abeng (*vid.* <http://canales.elcomercio.es/extras/documentos/carta-maria-jose-abeng-ayang.pdf>)². Ante tal situación, cabe preguntarse si la Administración está exenta de practicar tráfico de niños y si la superior vigilancia de la Fiscalía ejerce un control suficiente, en su caso, para evitarlo. Puesto que en el ámbito internacional se han encontrado casos de corrupción (GALLEGO MOLINERO, 2013: 205) con la participación de Administraciones Públicas, no hay motivo para pensar que no pueda ocurrir lo mismo a nivel nacional.

Tras la ratificación de la CDN por el Estado español, la normativa en materia de protección infantil avanzó en lo que se refiere a la determinación del concepto del “interés superior del niño”, ya que la CDN establece el mandato de respetar el “interés superior del niño” especialmente cuando se trata de hacer frente a su protección, a la que el citado tratado internacional dedica buena parte de su articulado. A tal efecto, el legislador español dictó la LOPJM que dedicó el artículo 2, bajo el título de “principios generales”, a imponer un mandato al aplicador de la ley: *En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Con ello, el aplicador de la ley había de verse obligado a delimitar el concepto jurídico indeterminado del “interés superior del niño” y especificar y motivar el modo en que lo

² María José Abeng fue madre adolescente, a quien los servicios sociales retiraron a su hijo nada más nacer sin otorgarle la opción de cuidarlo. Tras una larga batalla judicial de cuatro años, consiguió la patria potestad de su hijo y la convivencia con él.

había considerado, haciéndolo comprensible a quienes pudiesen estar interesados en conocerlo (RIVERO, 2007:86).

Puesto que las CCAA tenían las competencias traspasadas en materia de protección infantil, cada una de ellas dictó una ley autonómica sobre esta materia. En concreto, la Comunidad Valenciana dictó la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia, anticipándose a la propia ley estatal, que fue posteriormente derogada por la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, actualmente vigente, en que se menciona repetidamente el “interés superior del niño” pero sin dedicar ningún artículo específico a él, situándolo como una consideración primordial y principio que preside la interpretación legal, circunscrito a la mayor inconcreción e imprecisión.

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

Transcurridos los años de aplicación y vigencia de la LOPJM y las correspondientes leyes autonómicas, la práctica administrativa y jurídica deja al descubierto que los asuntos de protección infantil son aquellos en que el “interés superior del niño” ha sido castigado con el mayor desinterés por parte del operador jurídico, especialmente del ámbito judicial (MARTÍNEZ, 2014: 17). Tanto es así, que el propio legislador ha sido consciente de la necesidad de delimitar el propio concepto del “interés superior del niño” desde la literalidad de la ley de protección, debido también a las recomendaciones recibidas por España desde instancias internacionales.

Así, la LOSPIA modifica el artículo 2 LOPJM estableciendo una detallada relación de lo que debe considerarse el “interés superior del niño”. Lo hace enumerando los derechos que la CDN reconoce a la generalidad de los niños, pero también destacando aquellos derechos aplicables específicamente a los niños que son objeto de alguna medida de protección por parte de las instituciones, a los que la LOPJM dedica una especial atención, por estar particularmente dirigida a ellos.

El artículo 2 LOPJM, en la actualidad, consta de 5 apartados en los que algunos de ellos están divididos, a su vez, en varios subapartados. Frente al escueto apunte del artículo 2 concebido en la ley original, no cabe duda de que los esfuerzos por mejorar la aplicación del “interés superior del niño” en el futuro, resulta ciertamente considerable (SANTOS, 2012).

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

El hecho de que la LOPJM vigente haga hincapié en las necesidades afectivas del niño es de suma importancia. En primer lugar, porque los niños sujetos a medidas de protección han sufrido, probablemente, situaciones de abandono o pérdidas vinculares que hace muy necesario que se preste especial atención a sus necesidades afectivas. En segundo lugar, porque permitirá dotar de fundamentación a las medidas de protección prioritarias que defiende la nueva ley, es decir, al acogimiento familiar frente al residencial, pues precisamente en el entorno familiar es donde se

satisfacen las necesidades afectivas de un niño (como bien impone el artículo 173 CC) de las que se carece en una institución, al no disponer de figura de referencia afectiva con carácter de continuidad.

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

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

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

2.4.3. Otras leyes que afectan a la población infantil

Ninguna ley, a excepción de la LOPJM (ya comentada), dedica un artículo al “interés superior del niño”, a delimitar cómo debe interpretarse y aplicarse dicho concepto y a concretar los criterios ponderativos para alcanzarlo.

La Ley del divorcio expresa repetidas veces el interés de los hijos al acordar medidas en relación a la nulidad, separación o divorcio de sus padres, considerándolo un principio rector o consideración primordial, sin delimitación de criterios.

Dicho esto, resulta de obligado cumplimiento hacer referencia a las leyes de educación dirigidas a la población infantil y que, sin embargo, no mencionan el “interés superior del niño”, aunque es cierto que se refieren, en ocasiones, al interés del alumnado, de los alumnos o de los niños. Aún así, no lo hacen en el sentido omnicompreensivo que alcanza el concepto jurídico del “interés superior del niño” descrito anteriormente, sino que está referido a todo tipo de actividades que el colectivo infantil pueda apreciar y valorar positivamente. Ello no significa, en absoluto, que las distintas leyes sobre educación hayan sido ajenas al “interés superior del

niño”, sino que éste queda implícito en sus preceptos al ser su intención el beneficio y desarrollo de los niños, además de que tienen previstas posibles situaciones de violencia o acoso escolar y su tratamiento, así como medidas para la resolución de conflictos en las que se respeten los derechos de todos los implicados.

3. EL CONTENIDO DEL DERECHO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La dificultad para fijar el contenido del derecho del niño a su interés superior radica en el modo en que el operador jurídico entienda la realidad concreta de ese niño cuyo interés debe determinar (RAVETLLAT, 2012: 91). A pesar de ello, la doctrina ha delimitado un contenido en el que existe un cierto consenso, tanto en el Derecho español, como en el Derecho comparado de cultura occidental que coinciden en una serie de valores de índole moral.

Es interesante destacar la concepción que ofrece el Derecho alemán sobre el “interés superior del niño”, cuya delimitación no se atreve a formular (DE TORRES, 2006: 676). Por su parte, SANTOS (2012) expresa la concepción respecto del Derecho francés y del Derecho italiano compartida por ciertos autores, en que identifica el interés del niño como la forma de tutelar y garantizar un derecho subjetivo del niño, aunque la doctrina italiana (RIVERO, 2007: 43, 44) incide también en el hecho de ofrecer al niño un trato adecuado a su condición. Fuera de Europa, el Derecho chileno considera el “interés superior del niño” una norma consuetudinaria connatural a la esencia de la naturaleza humana, aunque no delimita un contenido específico (BAEZA, 2001: 360), sino que lo establece como la máxima a tener en cuenta en las decisiones que afectan al niño. El Derecho anglosajón, allí donde es aplicable, ha sido prolífico en el estudio del “interés superior del niño” tanto dentro como fuera del ámbito familiar (RAVETLLAT, 2012: 95), mientras que el español ha mostrado cierto desinterés (RIVERO, 2007: 37, 38).

3.1. La salvaguarda del entorno más beneficioso para el niño

En la familia propia, el niño encuentra su estilo educativo, su cultura, su religión, sus experiencias afectivas y todo aquello que le permite construir su identidad y su pertenencia a un grupo determinado (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008). Mantener todas esas condiciones

familiares del niño se considera un aspecto esencial de su interés superior, puesto que son valiosas para él y condicionan el adulto que llegará a ser. Por este motivo, son cuestiones que han de considerarse beneficiosas para el niño (RAVETLLAT, 2012: 94, 95), con independencia de cuales sean, es decir, cualquiera que sea la herencia familiar que va a recibir. Además, los beneficios que el niño obtiene en su entorno familiar han traspasado las fronteras de la evidente evolución sufrida a nivel social desde las concepciones familiares clásicas hasta las actuales (RAVETLLAT, 2012: 93, 94) y, a pesar de los cambios en la concepción sobre la autoridad parental (BAEZA, 2001: 256), no ha decaído la importancia de la familia natural para el niño, aunque pueden intuirse ciertas políticas contrarias a ella en que prima el bienestar material del niño respecto del respeto de sus referentes afectivos. En efecto, esto último se aprecia en la tendencia actual fuertemente dirigida a sustituir a la familia natural ante problemas más ficticios que reales.

A nivel internacional, se considera la familia el entorno en que el niño obtiene su mayor beneficio (RAVETLLAT, 2012: 94) por lo que está dotada de especial protección frente a terceros. Por ello, todo aquello que pueda alterar el normal desenvolvimiento de la vida familiar de un niño es objeto de especial atención en la legislación y la jurisprudencia. Por ejemplo, en el derecho italiano, la familia ocupa un papel esencial como sede del desarrollo de la personalidad infantil, mientras que relega a segundo plano a las instituciones públicas (DEL VAS, 2009: 2601). El derecho chileno establece, por un lado, la protección de los hijos de las incapacidades de los padres (BAEZA, 2001: 356) y, por otro lado, la filiación adoptiva cuando proporcione algún beneficio al niño que no sea únicamente de índole material (BAEZA, 2001: 361). Por su parte, la doctrina alemana hace especial hincapié en la definición del “bien del niño” centrando el estudio en el ejercicio de la patria potestad y la delimitación de la particular problemática que se puede presentar en su ejercicio (DE TORRES, 2006: 677), mientras que el derecho anglosajón se refiere a los beneficios que se obtienen en la familia, tales como los vínculos afectivos, el bienestar físico y el moral o

religioso, ponderándolos adecuadamente, aunque no hace expresa referencia a la familia.

3.1.1. Aspectos psicosociales en relación a la familia

El respeto a los derechos del niño, su integridad física y mental dependen, en gran medida, de los cuidados que reciba en su ámbito familiar. La importancia de la familia en el desarrollo infantil está avalada por numerosos estudios científicos en materia psicosocial (BOWLBY, 1982) (AINSWORTH, 1963) y es una de las cuestiones que ha motivado la regulación jurídica de la familia, como grupo social anterior al Derecho (LASARTE, 2015: 2). Así pues, la función social de la familia tiene una importancia crucial respecto de los hijos, al asumir la responsabilidad de que su crecimiento psicoafectivo sea lo suficientemente sano para que alcancen una vida adulta en plenitud de facultades y posibilidades de desarrollo, de tal manera que su contribución a la sociedad sea positiva y no supongan una carga para ésta. Desde el punto de vista social, una importante “connotación de la idea de familia es la de la comunidad doméstica”, existiendo básicamente dos significados comúnmente aceptados por la sociedad sobre el concepto de familia (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012: 22): la familia nuclear y la familia extensa (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012: 22, 23). Ésta última, formada principalmente por abuelos y tíos de los niños de la familia, desempeña, en ocasiones, un papel esencial en el cuidado infantil, ofreciendo el apoyo necesario a los padres (BENEYTO, 2009: 78).

La definición de familia depende de cada momento histórico y “es tributaria de una serie de condicionamientos sociales”. De hecho, no existe una ley que “establezca con carácter general qué es una familia o cómo deben ser las familias” (LASARTE, 2015: 3); lo único claro es la existencia de una relación directa con algún tipo de vínculo socialmente reconocido. La sentencia TS 320/2011 de 12 de mayo muestra una definición de familia que aporta una idea de lo que jurídicamente se entiende por tal concepto, según la cual, las dos condiciones para que un grupo de personas se considere

familia son la convivencia y el respeto a las normas constitucionales, sin ninguna otra restricción.

Por supuesto, no se necesitan cualidades especiales ni extraordinarias para que cualquier adulto de la familia tenga capacidad para hacer frente a las necesidades de un hijo o de un niño a su cargo, ya que la mayoría de las capacidades parentales son instintivas y heredadas de los cuidados recibidos durante la propia etapa infantil. Por tanto, solo en casos muy excepcionales, un adulto carecerá de las habilidades parentales necesarias para la crianza. Así, en el cuidado cercano de un niño destacan los conceptos de madre (SANTAMARÍA, 2014: 74-79) o de “figura materna” que realizan funciones de “parentalidad social” (BARUDY, 2007: 77).

3.1.2. La responsabilidad parental

Actualmente existe una tendencia a utilizar el término compuesto “responsabilidad parental” como concepto muy cercano al de “patria potestad”, lo cual ha quedado plasmado en el artículo 154 CC. En este sentido, la responsabilidad parental es el concepto que determina el correcto ejercicio de la patria potestad, por lo que, en lo sucesivo, será necesario determinar cuándo existe responsabilidad parental (GARAU, 2011: 284) y, en su caso, los motivos de la ausencia de la misma. Hay que tener en cuenta que no toda relación de responsabilidad parental conlleva patria potestad, pues la primera puede ser ejercida por personas distintas de los padres, jurídica y legalmente reconocidas, tales como un tutor, un guardador, un acogedor o cualquier familiar distinto de los padres.

En la edad temprana, los efectos de la correcta responsabilidad parental suponen la garantía de la vida y la supervivencia del hijo que, por sí solo, no podría lograr. Los estudios científicos muestran que para conseguir estos objetivos, dos son las necesidades elementales del niño: la nutrición (BARUDY, 2007: 63) y el afecto (BARUDY, 2007: 66). Un niño que no recibe el alimento necesario muere en pocos días, como es sabido por todos, por lo que sus

efectos futuros son inexistentes. Sin embargo, un niño que no recibe afecto puede morir en menos de un año (MESA, 1991: 216) e, incluso, al poco tiempo de nacer, si se le priva de afecto tras el nacimiento (BORDELOIS, 2009: 32). Si antes de morir se hace frente a la necesidad afectiva del niño, los efectos de la privación pueden tener consecuencias graves en la salud mental de la edad adulta (BOWLBY, 1982: 13, 14) al tener efectos cerebrales (BOTERO, 2012: 169). Existen numerosos estudios científicos y total consenso entre los investigadores acerca de la necesidad afectiva de un niño y de los efectos graves que puede producir la privación de afecto, especialmente si ésta se produce en los primeros años de vida (DORADO, 1990: 509) en que el proceso de socialización es crucial (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008) y la necesidad de afecto del niño es instintiva (LÓPEZ, ETXEBARRIA, FUENTES y ORTIZ, 2001: 23, 43).

Estas funciones básicas deben mantenerse durante toda la infancia, pero conforme el niño va creciendo existen otras funciones que adquieren relevancia que los padres habrán de asumir para el adecuado desarrollo del hijo. Todas ellas se ejercerán correctamente cuando los padres hayan adquirido buenas competencias parentales consistentes en *satisfacer las múltiples necesidades de los hijos (alimentación, cuidados corporales, protección, necesidades cognitivas, emocionales, socioculturales, etcétera)* (BARUDY, 2007: 80) entre las que destacan como fundamentales la capacidad de apegarse a los hijos (BARUDY, 2007: 80, 81) y la empatía (BARUDY, 2007: 81). El grado de adaptación de la actuación de los padres a las necesidades cambiantes del hijo (BARUDY, 2007: 82) es una forma de demostrar la correcta adquisición de competencias parentales. Por tanto, la forma de abordar las funciones parentales varían según el sujeto al que van dirigidas, el hijo, cuyas particularidades deben ser atendidas por los padres según se vayan presentando. Ciertamente es que las necesidades alimenticias o fisiológicas del niño pueden ser cubiertas fuera del seno de la familia, pero no así las necesidades afectivas que solo pueden satisfacerse adecuadamente mediante la permanencia en una familia y la existencia de referentes (DORADO, 1990: 511).

3.1.3. Efectos de la familia sobre el niño

Las relaciones familiares producen efectos positivos para el hijo. Éstas se caracterizan, desde un punto de vista psicosocial, por la adquisición de vínculos afectivos (GALLEGO HENAO, 2012: 331), sentimientos de pertenencia al grupo (MUÑOZ, 2005: 148) y voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo (DEL PICÓ, 2011: 36); y nacen como consecuencia directa de las correctas funciones parentales, según se ha visto previamente. La consecuencia jurídica de ello consiste en la protección de esas relaciones por su incidencia directa en el interés superior del niño.

Los vínculos afectivos (o apego) se consideran una cualidad esencial para el desarrollo de la personalidad del niño (ENRÍQUEZ, PADILLA y MONTILLA, 2008: 251), son lazos invisibles que nacen como una consecuencia natural de la relación establecida entre un niño y su figura de referencia, sin que se busquen expresamente, su intensidad depende de la importancia de esa relación y crecen y se consolidan mientras ésta se mantiene, en respuesta a un conjunto de instintos primarios del niño (ORTIZ, 1987: 41) y de la respuesta del adulto (ENRÍQUEZ, PADILLA y MONTILLA, 2008: 252). Desde el punto de vista jurídico, se fomentan las medidas que favorezcan el vínculo afectivo del niño con todos los miembros de la familia nuclear, padres y hermanos, otorgando una relevancia creciente al vínculo con los abuelos, por entender que de este modo se protege adecuadamente el interés superior del niño.

De todo lo anterior se desprende que existe una correlación directa entre el concepto jurídico del interés superior del niño y los beneficios psicosociales que el niño adquiere en la familia que ejerce correctamente la responsabilidad parental sobre él.

3.2. La garantía de los derechos fundamentales del niño

Velar por los derechos fundamentales de las personas es una máxima del Estado de Derecho constitucional, del que no pueden quedar excluidos los niños. Sin embargo, se concibe, con claridad,

que el niño recibe una garantía reforzada de sus derechos fundamentales (RAVETLLAT, 2012: 93), a través de la obligación impuesta a los poderes públicos de delimitar su interés superior. Ante ello, cabe estudiar los motivos por los cuales el niño necesita un concepto específico para alcanzar el respeto por sus derechos fundamentales y no resultan suficientes las garantías que se ofrecen a los adultos, mediante la tutela de los derechos constitucionales que ofrece el Estado a toda persona. Otra forma de garantizar los derechos fundamentales del niño consiste en evitarle perjuicios, siempre que esto sea posible.

3.2.1. Aspecto positivo: velar por su cumplimiento

Existen dos motivos por los que el “interés superior del niño” es importante para velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Un primer motivo es el de la vulnerabilidad del niño, así como su incapacidad para ejercitar la reclamación de sus propios derechos, recayendo dicha responsabilidad en los poderes públicos (RAVETLLAT, 2012: 96). Sin embargo, esto no excluye que el niño deba ser oído y pueda manifestar su opinión en todos aquellos asuntos que le afecten, especialmente cuando tenga suficiente madurez, cuya valoración será necesaria, en atención a su autonomía progresiva (DE TORRES, 2006: 701). De igual modo, cabe contar con la participación del niño en los procesos que le afecten, lo cual tiene significado distinto de su mera audiencia (PÉREZ MANRIQUE, 2007: 255). Un segundo motivo es que la vulneración de los derechos fundamentales del niño puede producir daños a medio o largo plazo, no solo para sí mismo, sino para su familia y toda la sociedad en su conjunto, lo cual, a su vez, requiere de la preocupación del resto de la humanidad (RAVETLLAT, 2012: 96). Un caso claro de este segundo tipo de vulneración lo constituye aquel en que un niño es privado de sus relaciones tempranas sin que esta privación esté justificada en el perjuicio que sus relaciones vinculares pudieran producirle (RUTTER, 1990: 21, 22), siendo éste el único motivo que podría justificarlo. Pero además el cambio de familia de un niño sin motivo razonable supone una alteración de su

estado civil que habría de considerarse vulneradora de su integridad moral y que supone, además, una cuestión de orden público. En relación a ello, la doctrina recoge la importancia de que en la ponderación del “interés superior del niño” se tengan en cuenta los efectos futuros de las decisiones (BAEZA, 2001: 356), de tal modo que se establezca una relación entre necesidades (tanto presentes como futuras) y derechos (FANLO, 2007: 171), evitando la superficialidad y las posiciones ideológicas rígidas o predeterminadas (DE TORRES, 2006: 678).

3.2.2. Aspecto negativo: evitar perjuicios

Cuando un niño sufre un perjuicio que podría haberse evitado se puede decir que ha sufrido la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, ya que se ha producido un ataque a su integridad moral, atentando contra el artículo 15 CE sobre su persona. Por ello, podría afirmarse que al definir el contenido del “interés superior del niño” como la garantía de sus derechos fundamentales, hablar de la evitación de perjuicios, resultaría redundante. Sin embargo, la evitación de perjuicios en el niño es la esencia de la LOPJM que reclama una actitud activa en el logro de ese objetivo, tanto por parte de las autoridades como por parte de los particulares. Por otro lado, se trata de poner de manifiesto que la evitación de perjuicios se configura como una máxima de la citada ley (PÉREZ GIMÉNEZ, 2013: 73), que sin ese objetivo no tendría razón de ser. Es más, la evitación de perjuicios para el niño debe actuar con carácter preventivo, de tal modo que si se consigue proceder anticipadamente, tanto el “interés superior del niño” como sus derechos fundamentales quedarán preservados de toda vulneración, reforzando así las garantías constitucionales que no estarían plenamente conseguidas con la mera constatación y reconocimiento de la transgresión del “interés superior del niño”. Para ello, es necesario conocer qué es lo que perjudica a un niño e impedir por ley aquellos hechos perjudiciales con carácter evidente y sobre lo que existe un consenso a nivel social y científico.

Cuando el niño está separado de su familia, o de un entorno familiar alternativo, debería actuarse con urgencia desde el ámbito judicial, a fin de evitarle los perjuicios propios de esta separación, tanto en la vertiente de impedirle los beneficios que obtiene en la familia como en la garantía de sus derechos fundamentales. No obstante, lo que se aprecia en muchos asuntos de protección, en que el niño está separado de su familia, es que se tiende tanto a rechazar la petición de medidas cautelares como a prolongar los procesos judiciales, con lo que el acostumbamiento del niño a nuevas situaciones se utiliza para justificar que, pese a los perjuicios que, previamente, haya podido sufrir; la situación alcanzada debe permanecer. Tal situación se aprecia de forma patente en el caso de la sentencia TC 11/2008 de 21 de enero en que se reconoce la declaración de un “falso desamparo” por el cual se indemniza a una madre con una cantidad astronómica al no poder revertir la situación convivencial de sus hijos. Con ello, lo que parece que debiera haber actuado como un escarmiento para el sistema de protección, ha causado el efecto contrario, pues se tienden a minimizar, a nivel judicial, los errores en el sistema español de protección infantil, de tal modo que tan solo el TSJ de Andalucía ha reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de protección infantil (MARÍN y LÓPEZ, 2010: 25, 26) a excepción de la sentencia de la sección 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña 184/2016 de 2 de marzo. De este modo, a los retrasos judiciales no se les otorga relevancia pues cuando el sistema judicial falla a favor de las Entidades Públicas, reconoce, aunque con una traslación en el tiempo que puede ser de varios años, que el estatus convivencial que la decisión administrativa otorgó al niño era correcto, con lo que el tiempo transcurrido desde la decisión administrativa hasta la judicial no ha obrado en perjuicio del niño. Sin embargo, desde un punto de vista crítico, las demoras de las decisiones judiciales, a veces mucho más elevadas de lo razonable; ponen de manifiesto que el sistema judicial o bien, ni siquiera se plantea el posible error de las Entidades Públicas en sus, supuestamente, decisiones de protección; o bien, no calibra adecuadamente las consecuencias de

un posible error sobre el niño que, de producirse, convendría impedir con inmediatez.

3.3. La reparación del derecho vulnerado

Un aspecto básico del “interés superior del niño” es la restitución de dicho interés cuando ha sido vulnerado en algún momento de su pasado (DURÁN-STRAUCH, GUÁQUETA-RODRÍGUEZ y TORRES-QUINTERO, 2011: 549-559). Esto puede haber ocurrido si al niño se le ha despojado de lo que le beneficiaba, o se le ha privado de sus derechos fundamentales o no se le han evitado perjuicios, o bien cuando en una ponderación de todas esas cuestiones no se ha alcanzado aquello que se consideraba un estatus superior frente a otros posibles. Es obvio que el Estado de Derecho persigue este objetivo y que todas las decisiones judiciales van encaminadas a reconocer y reparar derechos vulnerados.

El problema en el caso del niño es que, incluso habiéndose producido algún acto contrario a su interés superior en el pasado, puede haber alcanzado un estatus de cierta estabilidad beneficiosa para él, por lo que alterarlo puede causarle perjuicios. Esta situación es frecuente en el ámbito de la llamada “sustracción de menores” sobre la que existe abundante literatura (CAAMIÑA, 2016: 77-91), (GRAIEWSKI, 2014: 110, 140), (PAZ, 2013: 675-685), al ser un asunto que despierta una preocupación creciente. Algo similar puede ocurrir en el ámbito de la protección infantil cuando se alcanzan situaciones convivenciales que vulneran el “interés superior del niño”, por lo que habría que pensar en el modo de restituir ese derecho en tales casos (HUETE, 2016) para lo cual es esencial el reconocimiento de la vulneración.

4. LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Cuando un niño convive en situación de armonía familiar junto a sus padres y hermanos, se relaciona con sus familiares en un ambiente de cordialidad, tiene acceso a la educación y a la sanidad, satisface de forma aceptable sus necesidades materiales y afectivas y mantiene un desarrollo de su personalidad acorde con su edad, es fácil admitir que sus derechos son respetados y, por tanto, su interés superior. Afortunadamente, la mayoría de los niños que viven en España, sean españoles o extranjeros, de cualquier cultura y condición, cumplen esos requisitos de normalidad socio-familiar por los que se reconoce un respeto a su interés superior, sin que exista motivo de controversia. Por ello, el estudio del interés superior de este tipo de niños no suele alcanzar el ámbito judicial, pese a que su vida pueda no estar exenta de las aflicciones y desazones inherentes a toda existencia humana. Sin embargo, en aquellas situaciones en que existe conflicto en la determinación del interés superior del niño, éste debe ser resuelto en los tribunales al ser un concepto de carácter jurídico, concretamente en los órganos judiciales de primera y segunda instancia que han de ponderar todas las circunstancias relativas al niño. Así pues, destaca el Tribunal Supremo en su sentencia TS 614/2009 de 28 de septiembre en qué casos el citado tribunal debe apreciar el estudio del interés superior del niño:

el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés [superior del niño], porque [...] en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa" (STS 17 julio 1995).

De lo anterior se deduce que existiendo excepciones a la aceptación de la facultad discrecional del juzgador, el Tribunal Supremo debe, en todo caso, examinar si existen graves circunstancias que aconsejen el examen del interés superior del niño, pues, si no realiza ese mínimo estudio no se puede garantizar que dicho interés se haya respetado. Es importante, además, que el justiciable conozca las cuestiones analizadas y los argumentos que motivan la respuesta. En similar sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en el Auto TC 28/2001 de 1 de febrero:

la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental.

Esta doctrina constitucional se ha mantenido en el tiempo pues es la que se observa en la sentencia TC 16/2016 de 1 de febrero en que el hecho de que la sentencia recurrida en amparo carezca de motivación en el interés superior de la niña del caso, anula la citada sentencia de instancia.

En consecuencia, se deduce que la vulneración del interés superior de un niño concreto se puede producir en caso de que las decisiones que le afectan adolezcan de falta de motivación en dicho interés, en cuyo caso se consuma una lesión constitucional que puede ir acompañada de la transgresión de otros derechos fundamentales. Es, por tanto, necesario analizar cuándo puede ocurrir tal eventualidad. Se aprecia, sin embargo, que se ha cumplido lo que anunciaba DOGLIOTTI de la expresión del interés del niño que, según el citado autor, corría el “riesgo de llegar a ser una vacía tautología, mero adorno exterior de la argumentación” (RIVERO, 2007: 29), pues cuando el destino del niño ha corrido la suerte que las entidades públicas responsables de su protección habían decidido para él, las instancias judiciales han considerado

que el interés superior del niño ha sido correcto, incluso utilizando argumentos contrarios a los que, doctrinalmente, se utilizan para niños no tutelados o para niños para los que se busca una medida distinta.

4.1. La consideración del orden público

El hecho de que el interés superior del niño se considere cuestión de orden público implica que los tribunales deben atender especialmente a la delimitación y concreción de ese concepto. No hacerlo supone, en sí, la vulneración del propio interés superior del niño y de diversos preceptos constitucionales, entre los que se pueden citar los artículos 10, 14 y 15 CE.

La incidencia en el orden público se debate en cuestiones sobre visitas paternofiliales (*vid.* sentencias TC 141/2000 de 29 de mayo, TS 614/2009 de 28 de septiembre, TS 54/2011 de 11 de febrero y TS 258/2011 de 25 de abril), guarda y custodia de los hijos en caso de separación o divorcio (*vid.* sentencias TS 323/2012 de 25 de mayo y TS 823/2012 de 31 de enero de 2013) siendo especialmente relevante en la aplicación de medidas de protección que ofrecen soluciones tan drásticas como la adopción (*vid.* sentencia TC 58/2008 de 28 de abril y TS 728/2001 de 9 de julio) y las declaraciones de paternidad (*vid.* sentencias TC 7/1994 de 17 de enero y TC 118/2006 de 24 de abril) en las que, eventualmente, puede quedar modificada la filiación del niño.

Por supuesto, el hecho de que las administraciones públicas estén involucradas en las decisiones acerca del interés superior del niño no debería menoscabar el estudio sobre el mismo en las instancias judiciales. Lamentablemente, no siempre es así. Muestra de ello se encuentra en la sentencia TS 728/2001 de 9 de julio en que no se hace mención alguna al orden público pese a que, del relato fáctico, se desprende la realidad de una adopción ilegal (CORRAL GARCÍA, 2002: 161, 162), expresando únicamente que los intereses de la niña del caso, nacida el 4 de noviembre de 1991, son “los prevalentes, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales”, sin otra

mención sobre dicho interés a lo largo de la sentencia. Sobre el mismo asunto el Tribunal Supremo se había pronunciado con carácter previo, en la sentencia TS de 21 de septiembre de 1999 (rec. 2854/1994) declarando la maternidad de la recurrente respecto de una niña llamada Estela que había sido adoptada desde el nacimiento, considerando la posibilidad de anular la adopción por vicio en el consentimiento prestado por la madre, al haber sido éste efectuado con anterioridad al parto y, por tanto, en contra de un precepto legal que lo prohibía. A pesar de dicho pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, la AP de Jaén, de la cual procedía la sentencia del alto tribunal y a la que retornó el asunto tras esa decisión del Tribunal Supremo, consideró que el interés de la niña exigía su permanencia con la familia adoptante con la que había convivido toda la vida, lo cual plasmó en su nueva sentencia: la de la sección 1ª de la AP de Jaén, 226/2000 de 8 de mayo. En base a ello no consideró adecuado anular la adopción. Ante esto cabe decir que el interés de la niña se contempló de forma muy restringida, es decir, se tuvo en cuenta el daño psicológico que podría causarle el cambio a su propia familia, junto a su madre, lo cual cabe estimar correcto; sin embargo, no se ponderaron ni se corrigieron otros derechos fundamentales. En concreto, se negó a la niña su correcta identificación registral como hija de su madre pues, con el pronunciamiento de la Audiencia, seguían constando los adoptantes como “padres”. Con ello, se le negó, además, el derecho al reconocimiento de su familia legítima (FELIU, 2005: 2). Ello provocó el nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia TS 728/2001 de 9 de julio, citado previamente. Al respecto de esta sentencia y la cuestión de orden público se observa la completa falta de alusión al interés superior de la niña con lo que se eludió la obligación del tribunal de dictar resolución conforme a dicho precepto. Además, se hizo prevalecer el interés de los que llama “padres adoptivos” en ser parte de un hipotético procedimiento de nulidad frente al interés de la niña, sin realizar análisis alguno de la vulneración de los derechos fundamentales de ésta que deberían resultar protegidos sobre los del resto de los implicados, en un asunto en el que el tribunal tenía todos los elementos fácticos para

resolver sobre ellos (CORRAL GARCÍA, 2002: 165). Además, hizo recaer sobre la madre recurrente la responsabilidad de solicitar la nulidad de la adopción, por lo que su mera falta de voluntad o, incluso, su hastío (razonable por el “calvario” que ya había recorrido, como bien reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo), pudieron incidir sobre los intereses de su hija, sin que el tribunal tomase una postura activa en su defensa, pese a la obligación que le imponía la normativa vigente en aquel momento. Por tanto, según la sentencia, la defensa del interés superior de la niña requería, en este caso, de la perseverancia de su madre a quién aun se le exigía el esfuerzo de interponer un nuevo recurso de nulidad. Además, la alteración del orden público es patente desde el momento en que se mantiene la falsa identidad de la niña, es decir, una identidad que no le correspondía conforme a la legalidad y la realidad de los hechos dilucidados.

En definitiva, el interés de la niña, a la que se había alterado su futuro, clara y reconocidamente, de forma ilegal, por la acción llevada a cabo por la Administración, con el consentimiento de la Fiscalía, se mantuvo vulnerado, al no proponerse ninguna reparación sobre lo actuado. Con ello, era el poder judicial el que contribuía a la vulneración del interés superior de Estela, no solo por lo que se desprende del relato de los hechos sino, especialmente, por haber ignorado esa vulneración o, más aún, consentirla de forma expresa. Sorprende en la sentencia comentada, las afirmaciones sobre el juez responsable de la adopción:

aun con las reticencias del propio Juez del expediente [de adopción], siempre urgido a concluir y sometido al recurso de sus decisiones, algunas tan acertadas como la relativa a la audiencia de la madre biológica, que luego no llevó a efecto. Así lo reconoce la sentencia recurrida, [...] al referirse al auténtico «calvario» que este proceso ha supuesto para la actora, debido, en su mayor medida, a la actuación negligente de los órganos administrativos de dicha institución, que, primeramente, recogieron, en forma anticipada y extemporánea (antes del parto, en vez de hacerlo una vez transcurridos 30 días desde el parto como dispone el art. 177.2.º del CC), el asentimiento de

la actora a la hora de renunciar a darle su filiación a la niña que iba a dar a luz, y, posteriormente, ya dentro del proceso adoptaron una actitud obstruccionista incompatible con el art. 39.2 de la CE.

En el texto anterior parece que el Tribunal Supremo libera de toda responsabilidad al juez que acordó la adopción, achacando a la Administración todo el peso de lo ocurrido. Si es así, cabe preguntarse qué garantía jurídica ofrece que una adopción deba establecerse mediante auto judicial. Quizás este hecho inauguraba una etapa en que los juzgados se limitaban a ratificar las decisiones administrativas en materia de protección infantil sin comprobación alguna de legalidad.

Lo anterior tuvo además otros dos importantes efectos colaterales. El primero es que, recién estrenada la normativa sobre el interés superior del niño, se daba luz verde a la permanencia y consentimiento de los actos administrativos ilegales en materia de protección infantil con expresa connivencia del Ministerio Fiscal y el Poder Judicial en su más alta esfera. El segundo deriva del hecho de que la sentencia citada presumiese que los padres adoptantes iban a ser contrarios a la nulidad de la adopción cuando, sin lugar a dudas, habrían de comprender y acatar las ilegalidades cometidas (GALLEGO MOLINERO, 2013: 205) y, por supuesto, también la niña habría de hacerlo una vez alcanzada la vida adulta. Por ello, cabe preguntarse si era razonable suponer esa reacción por parte de los adoptantes, si a éstos les era indiferente el sufrimiento que pudiese causar la decisión a la niña implicada y a terceras personas (CORTINA, 2013: 23). En definitiva, cabe preguntarse si la adopción, y otras medidas de protección, se posicionaban en España en un ámbito carente de ética que iba a obligar a los adoptados adultos, y otros niños separados de sus familias, a pedir justicia por la vulneración de su interés superior durante su infancia (*vid.* Los años robados de Xavi³, <https://www.filmin.es/pelicula/los-anos-robados->

³ Xavier Vallejos tenía seis años cuando una asistente social se lo llevó de casa en contra de su voluntad y la de sus padres. De la noche a la mañana, le cambiaron todo: el nombre, los padres, la escuela, una vida. Pero no pudieron arrebatarle la

de-xavi). Resulta necesario apuntar que existe una diferencia esencial en lo que respecta al concepto del “interés superior de niño”, entre las sentencias TC 58/2008 de 28 de abril y TS 728/2001 de 9 de julio, relativa a Estela, pese a que, en ambas, está implicada la adopción de un niño. La primera de ellas exige una respuesta judicial sobre el motivo por el cual la madre está exenta de asentir a la adopción de su hijo, mientras que la segunda reconoce que el “no asentimiento” de la madre debió impedir la adopción de su hija. Así, en el primer caso, el niño conocerá los motivos de la legalidad de su adopción, mientras que Estela ha de saber que su adopción fue ilegal, lo cual ofrece un escenario distinto.

4.2. La flexibilización en el proceso de admisión de recursos

Los altos tribunales se han mostrado favorables a la flexibilización de la fase de admisión de los procesos sometidos a su estudio en algunos casos en que estaba implicado el interés superior del niño, aunque ciertamente no puede decirse que ese sea un criterio general, pues se aplica únicamente en caso de que se haya visto vulnerado el interés del niño. Sin embargo, existen algunos asuntos de protección infantil en que estando implicado el interés superior del niño son rechazados de antemano por los altos tribunales fundamentando la decisión en cuestiones procesales.

Ante ello, no cabe duda de que los jueces de los altos tribunales, en tanto que órganos jurisdiccionales, deberían sentirse vinculados por el siguiente párrafo del segundo apartado de la exposición de motivos de la LOPJM, aunque no figure en el articulado de la ley:

respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código Civil en el artículo 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales,

memoria de lo ocurrido en 1985. Desde hace más de 15 años está luchando por recuperar sus apellidos.

haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal.

Así, vencer todo obstáculo procesal causante de inadmisión debería ser una máxima de los altos tribunales, especialmente en asuntos de protección infantil, ya que, se encuentran vinculados por el artículo 158 CC que obliga a “subsanan la pasividad y los defectos de las solicitudes de los particulares” y apartar a todo niño de peligros, evitarle perjuicios y salvaguardar sus intereses. De este modo se ofrecería plenas garantías jurídicas al menor de edad en su condición de justiciable, valorando si su interés superior ha sido correctamente motivado y ponderado en virtud de las opciones posibles para él y los riesgos futuros de las mismas.

4.2.1. La primacía del interés superior del niño

Existen numerosos autos de inadmisión de recursos ante el Tribunal Supremo en los que se discute el régimen de guarda y custodia de los hijos o cuestiones de filiación biológica, en los que la inadmisión provoca la firmeza de la sentencia de segunda instancia y el interés de los hijos deviene el decidido en esa sentencia.

Sin embargo, la sentencia TS de 1 de octubre de 2010 (rec. 681/2007) examina un recurso de casación en el que reconoce “dudosa técnica casacional” por tratarse de un caso de divorcio en que estaba implicado el interés del hijo común de los litigantes. El resultado de la sentencia es el de casar y anular la anterior, por tanto altera el estado de guarda y custodia del niño, ajustándolo al que responde a su interés superior. De haber examinado en su mayor rigurosidad la admisibilidad del recurso y haberlo inadmitido, como correspondía al defectuoso recurso presentado, el interés superior del niño hubiese permanecido vulnerado, pues el régimen de custodia establecido para él en la sentencia de instancia no respondía a su interés superior, según lo dictaminado por el Tribunal Supremo.

Más claro es el caso de la sentencia TS 1260/2001 de 27 de diciembre que argumenta lo siguiente:

El motivo [de casación] padece en su formulación evidentes defectos de técnica casacional, [...]. Tales efectos formales serían suficientes para el rechazo del recurso fundado en ese único motivo; no obstante, en aras del derecho de defensa y habida cuenta del interés superior del menor al que se refiere la pretendida declaración, esta Sala va a entrar a examinar el fondo del recurso tan deficientemente planteado.

Esta decisión del Tribunal Supremo fue además refrendada por el Tribunal Constitucional en su sentencia TC 118/2006 de 24 de abril:

este Tribunal no puede en modo alguno entrar a valorar o enjuiciar la corrección, la bondad o el acierto de la admisión del recurso de casación interpuesto por la contraparte, en la medida en que, en dicho punto, la resolución del Tribunal Supremo, a pesar de lo que afirma el actor, aparece motivada y se funda en una interpretación de los preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, entonces aplicable (LEC), que no resulta irrazonable, arbitraria o incurra en error patente, máxime cuando se realiza a la luz de lo dispuesto en el art. 24 CE y en atención al interés superior del menor, que se encuentra recogido en el art. 39.2 CE.

De lo anterior se desprende que el interés superior del niño se considera motivo para relajar los requisitos de admisión de los recursos ante los altos tribunales que resultan ciertamente excluyentes, especialmente con posterioridad al Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 de la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, sobre los criterios de admisión aplicados a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que, con el nuevo Acuerdo de 27 de enero de 2017, han sido, si cabe, recrudescidos.

Así, en estos casos, en que el interés superior del niño ha sido, de hecho, vulnerado por la ejecución de una decisión judicial equivocada, el Tribunal Supremo lo reconoce y se restituye la situación respetuosa con los intereses del niño, venciendo todo

obstáculo procesal que pudiese provocar la inadmisión. Similar comportamiento se puede predicar del Tribunal Constitucional para quien supone cuestión de trascendencia constitucional el estudio de asuntos que afectan a niños pese a que no exista acierto en la selección de la trascendencia constitucional invocada en el recurso, bastando con que se haya desplegado una argumentación específica al respecto, siendo el Tribunal el responsable de determinar esta trascendencia. Así lo entiende en sus sentencias TC 46/2014 de 7 de abril y TC 16/2016 de 1 de febrero, pese a no ser la tónica general del Tribunal, que aplica el examen sobre la trascendencia constitucional con sumo rigor en otros asuntos.

Por tanto, el comportamiento de los altos tribunales ante supuestos de guarda y custodia por crisis matrimoniales y determinación de filiación biológica, es el de impedir que el interés de los niños implicados permanezca vulnerado, invirtiendo a tal fin cualquier recurso procesal.

4.2.2. Asuntos objeto de rechazo por parte del Tribunal Supremo

El controvertido asunto del “asentimiento a la adopción” que incide indirectamente en la filiación del niño es actualmente objeto de especial rigor procesal. Así, se observa que el pronunciamiento de la sentencia TS de 21 de septiembre de 1999 (rec. 2854/1994) en relación a Estela (ya comentada con anterioridad) se pronuncia respecto de los requisitos esenciales y formales del requerimiento legal del asentimiento a la adopción (ARTERO, 2001: 63). En el año 2000 se produjo una modificación legislativa importante en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que originó la nueva LEC-2000 que afectó a la cuestión del asentimiento a la adopción. A partir de este momento, el Tribunal Supremo empezó a inadmitir los recursos que se le planteaban sobre este controvertido asunto, con el siguiente argumento:

la Sentencia recurrida carece de la condición de "Sentencia dictada en segunda instancia", y ello porque la propia LEC 2000 distingue

entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia tras su tramitación ordinaria, lo que no ocurre en el presente caso, dado que aquélla no tiene el carácter de Sentencia de segunda instancia, por haber recaído en un incidente planteado en el curso de la tramitación de un expediente de adopción, siendo evidente la subordinación a éste del procedimiento donde recayó la Sentencia que se pretende recurrir en casación, que, incluso, desde un aspecto funcional, se manifiesta en la propia competencia para su conocimiento del mismo Juez que conoce de la adopción, y, en el caso examinado, además, en el hecho de que se tramitara como incidente en pieza separada dentro del propio procedimiento de adopción, [...] Así pues, queda cerrado el acceso a la casación al no tener la resolución impugnada el carácter de Sentencia dictada en segunda instancia.

Este pronunciamiento se encuentra en numerosos autos de inadmisión de recursos de casación o infracción procesal o autos de desestimación de recursos de quejas planteados ante el Tribunal Supremo entre, al menos, el 30 de diciembre de 2003 y el 5 de octubre de 2016. Así, el interés superior del niño en caso de inadmisión deviene el que se consideró en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial correspondiente, siendo una realidad incuestionable que, en tal caso, el Tribunal Supremo se inhibe de su estudio, no por errar en la técnica casacional, que podría subsanarse flexibilizando los criterios de admisión como ha hecho en los casos de guarda y custodia o filiación biológica, sino por entender que le está vetado el acceso a dicho Tribunal.

A pesar de ello, existen dos resoluciones que tratándose del asunto del asentimiento a la adopción se apartan de la inadmisión y son estudiados por el Tribunal Supremo, dando lugar a las sentencias TS 36/2012 de 6 de febrero y TS 315/2014 de 6 de junio. En ambas sentencias recurren en casación los letrados del servicio de protección de los territorios a los que pertenecen los casos y ambas sentencias del alto tribunal casan y anulan la sentencia precedente de la Audiencia Provincial, con lo que el interés superior de los niños

del caso deviene el establecido en la sentencia de primera instancia que no coincidía con el pronunciamiento de segunda instancia. Puede decirse que se flexibiliza el criterio ante recursos interpuestos por las entidades públicas.

El motivo por el que la sentencia TS 315/2014 de 6 de junio se aparta del criterio de inadmisión que rige otro tipo de recursos sobre asentimiento a la adopción puede ser de orden procesal pues está claro que dicho asunto no proviene de un procedimiento de adopción sino de una demanda de privación de patria potestad, iniciado por la Entidad Pública de protección. Aun así, dicha demanda se incoa con el objetivo de alcanzar una adopción. No ocurre así en la sentencia TS 36/2012 de 6 de febrero que es un caso claro de demanda incidental derivada del artículo 781 LEC que debiera haber seguido el criterio de inadmisión de otros recursos incidentales sobre asentimiento a la adopción. Ante tal situación cabe preguntarse si no resulta arbitrario el cambio de criterio.

Aunque de las sentencias analizadas no se desprende cuál era el estado del niño en el momento del pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, con un sencillo ejercicio deductivo se puede llegar al resultado. Así, no cabe duda de que las sentencias dictadas en apelación no fueron ejecutadas provisionalmente por el juzgado de primera instancia, quien tenía un parecer discrepante respecto del de la Audiencia Provincial, por lo que los niños de ambos casos permanecieron en acogimiento mientras se sustanciaba el pleito ante el Tribunal Supremo. De otro modo, ambos niños hubiesen retornado con sus padres al entenderse que no existía motivo para privarlos de la patria potestad (ARTERO, 2001: 69). Partiendo de este supuesto, la inadmisión de los recursos de casación habría provocado la firmeza de la sentencia de apelación y la consiguiente ejecución con el resultado del cambio de convivencia de los niños a su familia biológica por el motivo ya indicado. Este nuevo estado del niño no era, según el parecer del Tribunal Supremo, coincidente con su interés superior, por lo que el pronunciamiento del alto tribunal se hacía necesario para evitar el cambio y el perjuicio del niño. Esto corrobora que las sentencias de apelación no se ejecutaron

provisionalmente, pues es impensable que los niños hubiesen regresado a su familia biológica y, tras el pronunciamiento del alto tribunal, de nuevo, a la familia de acogida, para posterior adopción. De haber sido así, las sentencias del Tribunal Supremo contendrían algún extremo que explicase el fracaso del retorno a la familia biológica, cosa que ninguna hace y que hubiese sido requisito para privar a los niños de su ineludible derecho a crecer en su familia de origen.

Siguiendo el mismo razonamiento, en los asuntos en los que hubo inadmisión, el estado del niño en el momento del pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, debía coincidir con el acordado en la sentencia de apelación, de modo que el alto tribunal no altera el estado alcanzado por el niño. En el caso del Auto TS de 5 de octubre de 2016 (rec. 1307/2016), por el impacto mediático alcanzado correspondiente al caso de María José Abeng y su hijo, se sabe que fue así.

Por tanto, el alto Tribunal se aparta de su propia actuación procesal en casos concretos, lo cual hace pensar que tiende a no invertir nunca una decisión de protección infantil que pueda alterar el estado convivencial del niño respecto al que ejecutaron los tribunales de instancia que, a su vez, son sospechosamente coincidentes con las decisiones administrativas de protección.

No cabe duda de que este modo arbitrario de actuar por parte del Tribunal Supremo, entraña una trampa procesal evidente que, sin duda, los letrados de las administraciones públicas, conocen y utilizan y que afectan de distinto modo al abogado de un padre o una madre al que se ha negado su posibilidad de asentir a la adopción de su hijo. Mientras que este último, si está bien informado de la actuación procesal del Tribunal Supremo, acudirá directamente al Tribunal Constitucional, el letrado de una administración pública intentará el recurso ante el Tribunal Supremo aun sabiendo que debería ser inadmitido, pues si la sentencia de segunda instancia favorable al asentimiento de los padres no es

ejecutada, cabe la posibilidad de que la Entidad Pública tenga éxito en el recurso de casación.

La crítica no proviene del hecho de que se hayan estudiado los asuntos de las sentencias TS 36/2012 de 6 de febrero y TS 315/2014 de 6 de junio, sino de que se eluda el estudio del resto de casos, cuando claramente las resoluciones de instancia revisten la forma de sentencia y está implicado en el resultado un argumento de orden material como es el interés superior del niño.

Tampoco el Tribunal Supremo se ha pronunciado nunca sobre los motivos por los cuales la Entidad Pública puede cesar un acogimiento familiar establecido por ella misma para constituir otro en familia distinta (no siendo la de origen), por aplicación del artículo 173.4 CC en relación al interés superior del niño que debe salvaguardarse. Sin embargo, este asunto fue objeto de especial atención en la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines que se llevó a término en el año 2010. Los casos presentados ante el Tribunal Supremo que se articulan sobre el interés casacional por la infracción del artículo 173.4 CC son varios y de diversa casuística. El Auto TS de 16 de marzo de 2010 (rec. 1490/2009) muestra un caso en que se sustituye el acogimiento de una niña con su abuela por otro con unos tíos, manteniéndose en la familia extensa y bajo la tutela del Estado. En el asunto del Auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012) se sustituye el acogimiento familiar temporal en familia ajena de dos hermanos por un acogimiento residencial, en el momento en que los niños son declarados adoptables por la Entidad Pública y los acogedores solicitan su adopción por la prolongación del acogimiento y el beneficio de los niños. El Auto TS de 16 de septiembre de 2015 (rec. 246/2015) refiere la oposición del padre de un niño al cambio de modalidad de acogimiento de simple a preadoptivo, constandingo el consentimiento de los acogedores temporales. El Auto TS de 3 de febrero de 2016 (rec. 2949/2014) corresponde al cese del acogimiento permanente de una niña para establecer uno preadoptivo en familia distinta con oposición de la acogedora inicial. En este caso, el argumento radica en que el

acogimiento preadoptivo se produce en la misma familia que tiene acogido a una hermana de la niña, nacida con posterioridad. Dicho asunto ha sido inadmitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, el Auto TS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1169/2015) trata el cese de un acogimiento temporal de un niño para iniciar un acogimiento preadoptivo en familia distinta con oposición de los acogedores iniciales, por la prolongación del acogimiento inicial y el perjuicio para el niño. Los cinco autos citados son de inadmisión, por lo que no existe ningún caso sobre el cese de un acogimiento controvertido que haya sido admitido, pese a que la sentencia TC 124/2002 de 20 de mayo reconoce el derecho del acogedor a impugnar decisiones que le afecten en relación al niño en acogimiento. También el Auto del TSJ de Cataluña 1/2012 de 5 de enero inadmitió el recurso presentado por un acogedor cuando le retiraron una niña para darla en acogimiento a otra familia, el cual ha tenido amplia repercusión mediática (*vid.* Denuncia de maltrato institucional por Francisco Cárdenas) y ha sido admitido a trámite por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quedando a la espera de resolución definitiva. Existe la posibilidad de que exista algún pronunciamiento sobre un caso similar de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, que también tuvo cierto impacto mediático (*vid.* noticia de ABC: Tres mamás en dos años).

El efecto que produce la inadmisión es que impide que exista doctrina del Tribunal Supremo sobre la casuística presentada, desconociendo los criterios que deben regir este tipo de acciones. Así, posteriores casos sobre esta casuística no tendrán una jurisprudencia complementadora del ordenamiento jurídico a la que ceñirse, de manera que los criterios utilizados por las Entidades Públicas podrán ser totalmente arbitrarios, como lo han sido en los casos presentados, dado que siempre resultarán avalados judicialmente. El Tribunal Constitucional tampoco se ha mostrado favorable al estudio de este tipo de casos pues, al menos en cuatro de los casos presentados, se recurrió en amparo con resultado de inadmisión, incumpliendo así su principal cometido de reparar la situación subjetiva de los afectados, con nulidad de las resoluciones

lesivas y medidas efectivas para la restitución del derecho (CABAÑAS, 2010: 44), mediante escritos que no revisten siquiera forma de auto o providencia y ofrecen justificaciones muy vagas. Cabe esperar el dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre estos casos.

Sirve de referencia para alguno de los casos citados la sentencia TEDH Moretti y Benedetti contra Italia (rec. 16318/2007) de 27 de abril de 2010 que, en resumen, expresa lo siguiente:

Rechazo de la solicitud de adopción presentada por los recurrentes, respecto al niño acogido en su casa a título provisional. El órgano judicial de primera instancia no explicó las razones que justificaban su decisión ni examinó la solicitud de adopción de los recurrentes antes de declarar al niño adoptable y elegir la nueva familia. Esa falta de respeto de la ley y de las reglas de procedimiento tuvo un impacto directo sobre el derecho a la vida familiar de los interesados. Por tanto, hubo violación del artículo 8 del Convenio.

De ello se deduce que el cese de un acogimiento con la finalidad de establecer una convivencia del niño acogido en una familia ajena viola el derecho a la vida familiar de los acogedores si éstos no están de acuerdo. Puesto que los lazos familiares son recíprocos, en ese caso, necesariamente la violación del derecho a la vida familiar se produce también en el niño acogido, al ser él quien principalmente sufre las consecuencias negativas de la ruptura familiar sin la compensación de regresar con su familia de origen y de satisfacer ese derecho fundamental para el niño.

4.2.3. Las críticas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado desacertadas algunas medidas de protección acordadas en España, tales como la del caso TEDH K. A. B. (Petición nº 59819/08) de 10 de abril de 2012 en que hubo una inadmisión por parte del Tribunal Supremo que no reconoció vulnerado el interés superior del niño

del caso y el asunto TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013 en que consta un Auto de inadmisión del Tribunal Constitucional que no consideró oportuno amparar a la madre demandante. En este último asunto existe un procedimiento de adopción iniciado que no podrá concluirse por haberse considerado improcedente el desamparo de la hija de la demandante, aunque posiblemente se considere que el tiempo transcurrido en acogida preadoptiva justifica la adopción, en atención a otras resoluciones dictadas en esta dirección.

La sentencia TS 540/2015 de 15 de octubre reconoce que el recurso de casación debería haber sido inadmitido, pero se pronuncia sobre él al tratarse de la impugnación de una resolución de declaración de desamparo de un niño cuya madre es la del caso TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013, antes citado. Si bien la sentencia del Tribunal Supremo considera que la declaración de desamparo está bien fundamentada en el interés superior del niño, su pronunciamiento se fundamenta en la existencia de “la sentencia que se cita del TEDH dictada a instancia de la señora recurrente de este procedimiento y respecto de otro hijo”, lo cual evidencia que el alto tribunal se siente en la obligación de ofrecer explicaciones por el hecho de que la madre tiene una sentencia favorable en el Tribunal Europeo, no tanto por el derecho del propio niño, a pesar de la obligación existente al respecto (AGUILAR, 2008: 224, 225), que un día será adulto y tendrá derecho a saber en qué modo se decidió su futuro en la infancia. Por tanto, en este caso el Tribunal Supremo se pronuncia a pesar de que admite que existen causas de inadmisión, casi a modo de advertencia hacia las instancias europeas acerca de sus criterios para considerar el interés superior del niño, cuando ciertamente existen motivos para pensar en la incorrecta valoración del mismo, en el caso concreto de esa sentencia. En efecto, la sentencia TS 540/2015 de 15 de octubre expresa que “queda acreditada la falta de cuidados, atención y cariño que padecía el menor y que no se ha desvirtuado por otros informes o pruebas de parte”. El hecho de que exprese que dichas afirmaciones no se han desvirtuado por parte de los padres, indica

que se esperaba una prueba de la existencia de vínculos paterno-filiales, con lo que éstos no se presumen de forma natural como correspondería a ese tipo de relación (*vid.* sentencia TS 200/2012 de 26 de marzo). También consta que se inicia *la apertura de expediente por desasistencia, indicada en un informe del hospital en que el niño ingresó de urgencia por una crisis convulsiva*, lo que obliga a cuestionarse si los efectos sobre el niño son reales, pues una “crisis convulsiva” no ofrece ningún indicio de las carencias del niño ni de la desasistencia, existiendo motivos para pensar que son manifestaciones de algún técnico de la Entidad sin más rigor probatorio. Además, la expresión *falta de cuidados, atención y cariño*, se utiliza también en las sentencias TS 170/2016 de 17 de marzo y las de la sección 3ª de la AP de Jaén, 289/2010 de 26 de noviembre, 181/2011 de 24 de junio y 244/2012 de 21 de septiembre, todas ellas provenientes de una misma Entidad Pública, la de la provincia de Jaén, la cual, probablemente, utiliza argumentos estereotipados en los informes que presenta ante instancias judiciales.

Estas actuaciones del Tribunal Supremo permiten interpretar que las causas de inadmisión se utilizan arbitrariamente para dirigir las resoluciones acerca de los niños tutelados por las Entidades Públicas hacia soluciones previamente concebidas en la dirección de no defraudar las expectativas de las personas que se habían postulado como adoptantes, evitando dar explicaciones que puedan comprometer su política.

Además de estos pronunciamientos del TEDH, hay que tener en cuenta que muchas de las resoluciones de los altos tribunales españoles en asuntos de protección infantil no llegan al conocimiento del citado tribunal europeo, no porque no encuentren fundamento para recurrir e, incluso, conseguir una sentencia favorable, sino por la dificultad y el gasto que entraña el acceso a la justicia europea.

4.3. El respeto a las condiciones familiares del niño

El respeto a las condiciones familiares del niño tiene unos efectos en su interés superior que ha quedado plasmado en algunas líneas jurisprudenciales mediante un control riguroso. Así, se respetan dichas condiciones permitiendo que el niño se relacione con sus padres de forma equitativa, en la medida de lo posible, mediante la custodia compartida en casos de separación o divorcio (*vid.* sentencias TS 496/2011 de 7 de julio y TS 323/2012 de 25 de mayo, entre otras), o que se relacione con sus abuelos pese a que existan malas relaciones de éstos con los padres del niño (*vid.* sentencias TS 359/2013 de 24 de mayo, TS 576/2009 de 27 de julio, TC 138/2014 de 8 de septiembre, entre otras), o que se relacione o sea cuidado por las personas de su entorno afectivo pese a no tener con ellas relación de consanguinidad, con independencia del modo en que han establecido relación (*vid.* sentencias TS 320/2011 de 12 de mayo, TS 740/2013 de 5 de diciembre y la TS 836/2013 de 14 de enero de 2014 y TS 679/2013, de 20 de noviembre) o que retome los derechos de relación con sus padres cuando éstos son absueltos de los delitos contra el hijo de los que habían sido acusados (*vid.* sentencia TS 251/2016 de 13 de abril). En todas estas decisiones no interviene el tiempo transcurrido desde que el niño perdiera contacto con el progenitor o persona de la que estuvo separado, pues los derechos del niño priman por encima de la condición temporal. Tampoco se considera la hipotética inestabilidad emocional del niño un motivo para negarle sus derechos de relación (*vid.* sentencias TS 689/2011 de 20 de octubre, TS 576/2009 de 27 de julio y TS 858/2002 de 20 septiembre, entre otras), siendo éste un argumento rechazado por los órganos jurisdiccionales. Además se toman las medidas necesarias para impedir que el niño sea sustraído por uno de los progenitores conculcando el derecho de relación con el otro (JIMÉNEZ, 2008).

De todo ello se desprende que en el interés superior del niño se ponderan criterios tales como el respeto por los vínculos afectivos, la estabilidad familiar, el respeto a sus condiciones convivenciales y

la restauración de los derechos de relación conculcados pese al tiempo transcurrido, sin considerar que pueda provocarle ninguna inestabilidad emocional la reanudación de relaciones con sus seres queridos.

Los criterios respecto de las condiciones familiares del niño varían cuando éste ha sido tutelado por una Entidad Pública. En tal caso, se aprecia un desinterés por conocer los motivos por los que alcanzó la relación de acogimiento al no estudiarse las causas del desamparo en sede judicial, dándose por supuestas. Así, toda ausencia de relación del niño con quienes fueron, supuestamente, causantes del desamparo adquiere justificación. Se niega todo derecho de relación del niño con sus hermanos cuando lo decide la Entidad Pública y también con sus abuelos (*vid.* TS 444/2015 de 14 de julio), sin que éstos tengan responsabilidad en la posible situación de desamparo y se alzan el tiempo transcurrido en acogimiento y la posibilidad de inestabilidad emocional como condiciones contrarias al retorno a la familia de origen y consiguiente reparación de los derechos vulnerados del niño, aunque éstos nunca se reconocen como tal (*vid.* TS 565/2009 de 31 de julio). Los niños tutelados, además, pueden ser internados (*vid.* TS 658/2001 de 2 de julio y TS 170/2016 de 17 de marzo), aun teniendo opción de mantener un acogimiento familiar (*vid.* autos TC 28/2001 de 1 de febrero y TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012)) con el daño inherente al internamiento científicamente demostrado y reconocido por los investigadores. Por último, cuando se plantea el cambio de una familia de acogida a otra de distinta modalidad (o a guarda con fines de adopción) el respeto a los vínculos afectivos pierde toda relevancia incurriendo en el riesgo de inestabilidad psicológica, adquiriendo protagonismo criterios como el de tener capacidad de adaptación y de superación de situaciones traumáticas, ser adoptado, convivir con un hermano al que no conoce (*vid.* Auto TS de 3 de febrero de 2016 (rec. 2949/2014)), no haber sufrido pérdidas anteriores para poder soportar la que se le impone o no tener necesidades especiales.

Cabe remarcar que la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre exige la valoración del riesgo para la integridad moral ante un

cambio familiar y que la sentencia TC 71/2004 de 19 de abril pone de manifiesto el derecho del niño al retorno a su entorno familiar de origen. Pese a ello, es necesario destacar que dichas sentencias han tenido escasa repercusión y aplicación para otros casos en que se plantean circunstancias parecidas.

Esta diferencia de criterios viene a avalar la hipótesis de que los poderes públicos no quieren defraudar a aquellos acogedores o guardadores que albergan una elevada expectativa de mantener la relación con el niño acogido o en guarda, mediante una adopción posterior. En relación a ello, a los padres de los niños bajo tutela pública se les impide seleccionar a las personas para cuidar de sus hijos, obligándoles a someterse a las decisiones autoritarias de las Entidades Públicas, de lo que cabe deducir que la injerencia administrativa es desproporcionada en las familias de este grupo social que, por lo general, está formado por familias sumidas en la pobreza. Muestra de ello es que para impedir que unos niños en acogimiento preadoptivo puedan ser acogidos por sus abuelos se dice que “ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida sea beneficioso para los niños” (*vid.* sentencia TS 444/2015 de 14 de julio) y para impedir que unos niños permanezcan en su familia de acogida “no preadoptiva” se dice que “no ha quedado acreditado que el paso de los menores al establecimiento de acogida y con la familia de adopción sea perjudicial” (*vid.* auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012). Invirtiendo los argumentos, en el primer caso se podría que decir que “no ha quedado acreditado que el paso de los niños con sus abuelos sea perjudicial”, lo que coincidiría con el argumento de las sentencias TS 359/2013 de 24 de mayo, TS 576/2009 de 27 de julio o TC 138/2014 de 8 de septiembre, mientras que en el segundo caso podría decirse que “ningún dato permite afirmar que el cambio del régimen de acogida sea beneficioso para los niños”, lo que sería acorde con la doctrina sentada en sentencia TS 565/2009 de 31 de julio, y el destino de los niños habría sido de signo contrario. Por tanto, esta última delimitación del interés superior del niño habría sido acorde con la propia que el Tribunal Supremo ha establecido para otros niños,

tanto para aquellos que no estaban bajo tutela pública, como para aquellos que alcanzaron una familia con fines adoptivos.

4.3.1. El daño del internamiento

La insistencia de la ley sobre la necesidad de mantener a un niño menor de tres años en un entorno familiar no es caprichosa. La importancia de que un niño crezca en el seno de una familia ha sido considerada tradicionalmente por todas las culturas y desde tiempos inmemoriales. Sin embargo, hasta mediados del siglo XX no se estudió este fenómeno, en que BOWLBY (1982: 82) recopiló experiencias más antiguas de otros investigadores extrayendo la conclusión de que *un niño medra mejor en un mal hogar que en una buena institución*, teniendo en cuenta que Bowlby compara en todo momento “hogares deficientes” con instituciones de alta calidad, obteniendo un mejor desarrollo infantil en los primeros. El profesor Palacios en su artículo de opinión titulado “los niños invisibles” afirma que *existe una apabullante evidencia científica que muestra las graves desventajas de la institucionalización* que proviene de privar al niño de su necesidad afectiva básica y de su estabilidad, así como de las rupturas afectivas, en que, además, existe en la actualidad consenso entre los investigadores. Los estudios afirman que el efecto de la separación de un niño de su familia, o su abandono, afecta en cualquier edad en la que se produzca, pero de forma decisiva en la edad temprana y con distintas consecuencias futuras (ROSAS, GALLARDO y DIAZ, 2000: 148). Los estudios mencionados son plenamente aplicables a la situación de los niños tutelados por las Entidades Públicas, por lo que se puede afirmar que este tipo de niños tienen “necesidad de vínculos” (BARUDY, 2007: 66), como cualquier otro niño. En efecto, todos los estudios realizados, tanto de BOWLBY como de PALACIOS y otros investigadores, tanto antiguos como recientes, van dirigidos principalmente a estudiar las necesidades de aquellos niños que, por cualquier circunstancia, no encuentran en sus familias biológicas el cuidado y la protección que necesitan, requisito que se cumple en los niños bajo guarda o tutela administrativa. En todo caso, podría afirmarse que son las

necesidades de los niños bajo la patria potestad de sus padres las que no están estudiadas.

Primar el acogimiento familiar frente al residencial permite dar cumplimiento al derecho del niño a crecer en una familia, si no la suya propia, una que la sustituya con carácter protector y competencias necesarias. Este derecho se desprende del preámbulo de la CDN en que se puede leer: *Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.* Cabe indicar que estas evidencias científicas no deberían ser ignoradas por el aplicador de la ley que debería tener en cuenta que el daño de un internamiento es del todo seguro e indudable y no solo posible, probable o hipotético.

En base a los estudios citados el auto TC 28/2001 de 1 de febrero yerra al establecer que “la constitución de un acogimiento residencial provisional dirigido a propiciar la reinstauración de las relaciones de la madre biológica con su hijo, en un Centro dependiente y bajo la supervisión, precisamente, de la Administración recurrente” era lo más adecuado para el niño. En efecto, dicho argumento es totalmente equivocado ya que, para el niño del caso (el niño de El Royo), existía la posibilidad de continuar un acogimiento familiar que se había desarrollado favorablemente para él. Ante la medida de acogimiento residencial que se proponía resulta también equivocado afirmar que “el riesgo al que puede haberse sometido la integridad física y psicológica del menor es aún una hipótesis que el Juez de primera Instancia contempló en su resolución”, pues no se valoran los estudios científicos en la materia.

Sigue diciendo el auto que no cabe “soslayar lo paradójico que resulta que la Administración recurrente denuncie los riesgos que para el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral del menor pueda conllevar su acogimiento en una institución que de ella depende”. Se desprende de este texto que la Administración recurrente defendía el acogimiento familiar, lo cual consideran paradójico los jueces del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la

Administración mantenía, en este caso, una postura coherente, pues no resulta paradójico que disponga de instituciones para el uso de internamiento subsidiario que la ley dispone para los casos en que no es posible establecer acogimiento familiar. Es decir, el internamiento se pretendía como medida residual.

El auto continúa justificando la argumentación de la resolución de instancia respecto de los riesgos para el niño considerando que “los órganos judiciales de la jurisdicción civil tuvieron en cuenta el riesgo para la salud y el desarrollo personal y familiar del menor que podía ofrecer su convivencia con su madre biológica hasta el punto de no resolver de plano la reiniciación de su convivencia; pero también consideró fundadamente que ese riesgo no era de tal magnitud”. Impedir el inicio de la convivencia de madre e hijo y, a su vez, considerar que el “riesgo no era de tal magnitud” supone un argumento del todo punto contradictorio que, sin duda, hoy día, no pasaría el canon de motivación constitucional que requieren las decisiones fundamentadas en el interés superior del niño, al carecer de toda razonabilidad, máxime cuando la ley preveía la declaración de “situación de riesgo” que debía llevarse a término en el seno de la familia. La otra opción era mantener la convivencia del niño en acogimiento familiar, atendiendo a su interés superior, no sin ello iniciar contactos supervisados entre madre e hijo que hubiesen permitido conocer las posibilidades reales de retorno del niño a la convivencia con su madre y sus garantías de éxito.

Por último, se sostiene la ausencia de vulneración de los derechos del niño, pues se dice que “tampoco se ha acreditado, por otra parte, que las resoluciones judiciales impugnadas hayan afectado a los derechos a la vida y a la integridad física y moral del menor (artículo 15 CE), que pudiere ser otra de las razones que permitiría a este Tribunal examinarlas a la luz de la Constitución”. Esta falta de acreditación resulta contraria a la delimitación y concreción del interés superior del niño que requiere de la documentación precisa.

Los problemas afectivos que desencadena el internamiento deberían considerarse vulneradores de la integridad moral del niño,

por lo que afectaría plenamente al artículo 15 CE (CABEDO, 2008). Además, la permanencia en el centro transgredía frontalmente el derecho fundamental del niño a vivir en un entorno familiar que consagra el artículo 10 CE, al afectar al libre desarrollo de su personalidad y los derechos que exige la CDN, en relación con el artículo 39 CE, especialmente grave por la corta edad del niño que tenía dos años en el momento del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Además, la sentencia de instancia vulneró el artículo 21.1 LOPJM, pues no cabe duda de que existía para el niño una opción de acogimiento familiar satisfactoria y que el tiempo de internamiento debía ser nulo. Según ello, puede decirse que el auto del Tribunal Constitucional no apreció adecuadamente el error de la resolución judicial en la apreciación del interés superior del niño ya que consideró que el internamiento no vulneraba ese interés.

Otro de los motivos de internamiento en centro de protección hace frente a la negativa del niño a su retorno a la familia de origen. Un ejemplo de este caso lo supone el de la niña de Benamaurel por su amplia repercusión mediática, que es la expresión del fracaso de una serie de actuaciones de protección. La citada niña procedía de una familia adoptiva de Bormujos (Sevilla) en la que sufrió desamparo, aunque no quedó constancia documentada de ello por lo cual la situación de la niña se complicó ostensiblemente. Pese a ello, la niña, que ya tenía una cierta edad, guardaba recuerdos negativos de su convivencia con aquella familia. Tras el desamparo se acordó un inicial internamiento en centro y un posterior acogimiento familiar en una familia de Dos Hermanas (Sevilla). Según relata la noticia de El País de fecha 2 de julio de 2006, las palabras de la propia afectada por las decisiones administrativas ponen de manifiesto que *los acogedores de Dos Hermanas la trataban bien*. La entonces niña considera que el cese del acogimiento con esa familia fue inadecuado ya que asegura que no sabe por qué la sacaron de allí, lo que demuestra que las decisiones de los adultos no siempre son comprensibles para los niños. La noticia recoge que el motivo por el que la niña fue obligada a abandonar su familia de acogida fue el de "la imposibilidad de devolverla a Bormujos [a su familia

adoptiva de origen], el lugar donde la habían vejado, [por lo que] ingresó en el centro de menores de Marchena (Sevilla) el 9 de abril de 1996. Tenía nueve años.” De ello se desprende que el internamiento no fue provocado por imposibilidad de acogimiento familiar. Este internamiento resultó antijurídico ya que fue totalmente ajeno a la protección de la niña. El hecho de que la decisión de retorno a la familia de origen no estuviese totalmente descartada, no justifica, en absoluto, el internamiento. De los hechos posteriores puede colegirse que los acogedores no estuvieron de acuerdo con ese internamiento y aunque presentaron demanda judicial contra las actuaciones administrativas, ésta fue archivada sin un pronunciamiento judicial claro acerca de una decisión totalmente desacertada, perjudicial y negativa para la niña, como ella misma sostiene.

Otro caso de internamiento se aprecia en el del Auto de inadmisión TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012) en relación a los hermanos gemelos en acogimiento familiar temporal, ya citado previamente, en que los acogedores impugnaron el cese del acogimiento y el internamiento en un centro institucional. La inadmisión de este asunto estuvo fundamentada en la ausencia de pruebas, al reconocer que “no había quedado acreditado que el paso de los menores al establecimiento de acogida fuese perjudicial para los menores”. Distinto hubiese sido que el auto hubiese contenido la afirmación contraria, es decir, la acreditación de que el paso de los niños al centro de acogida no fue perjudicial para ellos, pues implicaría la demostración de la ausencia de perjuicio, aunque ello no hubiese sido aun suficiente para demostrar respeto por el interés superior de los niños. Es interesante mencionar el contraste con la sentencia TS 323/2012 de 25 de mayo en relación al interés superior del niño, el cual se considera contrario al mantenimiento de una situación familiar que no le es perjudicial. En el caso indicado, las sentencias de instancia mantuvieron la custodia de dos hermanos por parte de su madre al estimar que estaba acreditado que ésta no les era perjudicial. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que una “medida no perjudicial” no necesariamente

responde al interés superior del niño ya que puede haber otra medida que resulte más beneficiosa para el niño, siendo eso lo que se debe estudiar. Así, en el caso enjuiciado considera que la custodia compartida es más favorable para los dos hermanos que lo resuelto por las dos sentencias precedentes. Por tanto, el Tribunal Supremo acordó la custodia compartida, restituyendo el interés superior de los niños del caso que se había mantenido vulnerado durante el tiempo en que se sostuvo la decisión previa.

Sin embargo, en el caso de los dos gemelos, la sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre reconocía expresamente no haber optado por la “mejor solución” para los niños, lo cual ya era constitutivo de una transgresión de su interés superior, contenido en un precepto jurídico, el artículo 2 LOPJM, revisable en casación. Además, la misma sentencia de primera instancia reconocía que la existencia de vínculos afectivos estaba acreditada, por lo que lo que se niega es que la pérdida de éstos les produzca un perjuicio, en evidente contradicción con lo establecido en las investigaciones científicas en materia psicosocial y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que presume el daño de esas pérdidas en otros casos, como muestra la sentencia TS 200/2012 de 26 de marzo. Por otro lado, ante la ausencia de acreditación que se alega como causa de inadmisión cabe preguntarse si el dato fue solicitado por el juez y no pudo ser acreditado por los acogedores o no hubo interés en recabarlo pese a que, en fase de casación, fue de crucial relevancia. Acudiendo al amplio expediente judicial sobre el caso se aprecia que existe un informe elaborado en los primeros días de internamiento de los niños que señala claros síntomas de ausencia de bienestar de los dos niños que, posteriormente, el informe de un psiquiatra infantil acreditó como síntomas compatibles con el estrés postraumático causado por el internamiento acorde, además, con la declaración del psicólogo del servicio de protección que admitió el “duelo” sufrido por los niños tras la separación de la familia de acogida que también se ignora, siendo que dicho testimonio tenía un valor probatorio privilegiado al

proceder de un testigo de la Entidad Pública, cuyo “reconocimiento como cierto le era enteramente perjudicial” (GIMENO, 2014: 463).

A pesar de la existencia de casos tan llamativos, de los que la sociedad desconoce todos aquellos que no han sido mediáticos (LÓPEZ, FERNÁNDEZ DEL VALLE, MONTSERRAT y BRAVO, 2010: 71), ningún tribunal ha proclamado que el internamiento en centro, ante la existencia de posibilidad de acogimiento familiar, sea vulnerador de derechos fundamentales (CABEDO, 2008). Esto resulta absolutamente paradójico pues si el internamiento no vulnera ningún derecho fundamental del niño cabe preguntarse por qué la ley tiende a prohibirlo cada vez con más contundencia. Afortunadamente, esta práctica parece estar remitiendo, pues el caso de la sentencia de la sección 4ª de la AP de Oviedo 88/2016 de 10 de marzo (caso de María José Abeng) se resolvió con el retorno del niño a su madre biológica con seguimiento psicológico posterior.

4.3.2. La continuidad de los vínculos afectivos

La continuidad de los vínculos afectivos es una condición indispensable del interés del niño que tiene que conjugarse con su derecho a retornar a su familia de origen cuando existe un conflicto entre ambas cuestiones. Dicho conflicto fue resuelto por la doctrina sentada en la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio que establece que, cuando está acreditado el desamparo de un niño en su familia de origen, debe examinarse la evolución posterior de la vida del niño y de la citada familia, estableciendo como criterios ponderativos del interés superior del niño:

- el tiempo transcurrido en la familia de acogida
- la integración en la familia de acogida y en su entorno
- el desarrollo de vínculos afectivos
- los medios necesarios para el desarrollo físico y psíquico que obtiene en la familia de acogida
- las referencias parentales con la familia de origen

- los riesgos relevantes de tipo psíquico que comporta la reinserción en la familia de origen

Algunos de estos criterios, tal como el tiempo transcurrido y las referencias parentales con la familia de origen dependen de la actuación administrativa, por lo que obran en contra de la reinserción familiar si la Entidad Pública toma esta decisión y la familia de acogida es de tipo "preadoptivo" o guarda con fines de adopción, lo cual debería ser ponderado en sede judicial.

Es interesante el estudio de los criterios del interés superior del niño en los casos en que al niño se le obliga a un "cambio de familia", de una de modalidad "no preadoptiva" a una de modalidad preadoptiva y los acogedores iniciales se han opuesto al cambio, pues dichos criterios son opuestos a los dictados por la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia TS 565/2009 de 31 de julio en que la alternativa al acogimiento era el retorno a la familia de origen. Todos los criterios del interés superior del niño utilizados en la citada sentencia que impidieron el reingreso de una niña en su entorno de origen y decidieron la permanencia en acogimiento, son ignorados o desconsiderados cuando se trata de un cambio de familia de acogida en que la decisión administrativa apoya el cambio a una nueva familia escogida del grupo de familias adoptantes, pues todos esos criterios son contrarios al cambio, si el acogimiento se ha desarrollado satisfactoriamente. Hay que preguntarse, entonces, por qué se usan criterios contrarios a la doctrina del Tribunal Supremo.

La provocación de perjuicios a un niño a causa de la ruptura de los vínculos afectivos por acción directa de la Entidad Pública se aprecia y reconoce claramente en el caso del Auto de inadmisión del TS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1169/2015) que alega los mismos motivos de inadmisión que los de numerosos autos sobre asentimiento a la adopción antes indicados. Sin embargo, no es un asunto derivado del artículo 781 LEC, ni dependiente de un proceso de adopción, aunque sí relacionado. Además de ello, es un caso en que judicialmente se reconoce la vulneración del interés superior del niño, ya que la sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca

344/2014 de 12 de junio dictada sobre el caso, muestra con claridad que la medida cuya revocación se pide, perjudicó al niño de forma deliberada por la imposición de una medida administrativa innecesaria y evitable, que le provocó síntomas de evidente sufrimiento, no siendo un daño ni fortuito ni accidental:

No duda quien resuelve que ese vínculo afectivo fortalecido [con la familia acogedora] como se ha dicho por la indeseable lentitud administrativa, perjudicaría inicialmente al menor y de ahí que quizás en un primer momento Silvano presentara una regresión en algunos aspectos de su desarrollo – tales como el control de esfínteres [...] o los problemas de comida y de sueño.

El perjuicio que se produjo al niño era previsible, en virtud de los informes emitidos por la Entidad Pública tutora del niño, por lo que no solo no se le ahorraron padecimientos, sino que se le impidió una solución de convivencia saludable, en la que se sentía integrado. La sentencia expresa que la ruptura de vínculos le “perjudicó inicialmente” mostrando una serie de síntomas demostrativos de ese perjuicio, pero luego añade que pese a ello, *no puede concluirse que la inserción de Silvano en su “familia definitiva” haya resultado perjudicial para éste*. Resulta ciertamente difícil acoger un argumento que asegure que algo que perjudicó a un niño no haya resultado perjudicial para él. A pesar de ello, tratándose de la inserción del niño en una familia desconocida para él, en la que no tenía ningún derecho a convivir, con el previo abandono de una familia en la que convivía conforme al respeto a sus derechos fundamentales, cabe concluir, sin género de dudas que el interés superior del niño fue vulnerado y que requiere una restitución, además de que el perjuicio sufrido tiene alta probabilidad de desembocar en una adopción fallida, como bien reconoce el informe que los acogedores solicitaron de una profesional tras percibir en las visitas que mantuvieron con el niño, su malestar y sus dificultades de adaptación.

En el caso de Auto TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012), el perjuicio también se produjo pese a que quedó más encubierto. Por

ello, resulta pertinente una explicación más extensa. Así, se reconoció para los dos niños, la “ruptura del vínculo” (*vid.* auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010)), calificándose este hecho como provocador de daño emocional en general, aunque se pretendió negar que en el caso concreto ocurriese así.

Se entiende por “ruptura del vínculo” al hecho de separar a un niño de sus figuras de referencia, brusca y repentinamente, sin que medie un proceso comprensible y asimilable para él. En contraposición, “la transición del vínculo” (AMORÓS y PALACIOS, 2004: 58) es un proceso progresivo de paso de una figura de apego a otra, que permita una adaptación paulatina a la nueva realidad familiar que el niño haya de vivir, respetando su interés superior.

Los niños del caso ingresaron en el centro de protección cuando tenían once meses y medio de edad, sufriendo una vivencia que algunos centros de salud mental reconocidos califican abiertamente de “abandono traumático”, con independencia de la forma en que se haya producido. Conociendo más datos, los niños abandonaron su casa, sus juguetes, su comida, su cama, sus olores, sus horarios, sus paseos, sus rutinas, la asistencia a la guardería y lo más importante de todo, su familia de acogida en un solo día, de forma repentina y brusca, por tanto, aunque alguien pudiese entender que eso supuso una transición de una situación a otra, esa vivencia supuso una ruptura para los niños y es difícil que pueda haber lugar a confusión o distinta interpretación. Durante 22 días los niños recibieron visitas diarias (excepto los fines de semana) de la acogedora y algún otro miembro de la familia durante el tiempo permitido, algo menos de una hora. Posteriormente, los niños recibieron visitas de la familia acogedora de una hora de duración dos días a la semana, que se mantuvieron de forma estable hasta el cese del internamiento. Los informes del centro de protección que aportan datos sobre el estado general de los niños muestran que éstos fueron examinados por la pediatra del centro los días tercero y cuarto del internamiento. En ese momento se les detecta “retraso psicomotor”, “comportamiento pasivo”, “sedestación inestable” y “elevación del

tono muscular". También mostraron embotamiento, apatía y bloqueo afectivo, tal como la ausencia de llanto y "la sorprendente adaptación" al cambio de entorno y cuidadores. Además, durante las escasas visitas que recibieron de su familia, se mostraron con evidente incapacidad de exteriorizar sus sentimientos y emociones. Otro de los síntomas que presentaron los niños tras el internamiento fue lo que la psicóloga del centro denominó "conducta autocentrada":

No apoya los pies, los mantiene en el plano horizontal en hiperextensión, no sedestación sin apoyo, espalda curvada, no responde a su nombre, mantiene puños cerrado e inclusión del pulgar derecho excepto cuando coge objetos, que se los pasa de mano y los lleva a la boca.

La postura habitual es sedestación con apoyo con balanceo continuo, mirando hacia el suelo.

Los informes destacan un exhaustivo detalle de los datos médicos, vacunaciones, enfermedades y tratamientos de ambos niños durante el primer año, fruto de una larga entrevista de la pediatra con la madre de acogida. Además, ponen de manifiesto que uno de los niños presenta dermatitis en la cara y, por lo demás, que muestran buen aspecto y salud física. De la vida pasada de los menores dan a conocer que han vivido siempre en acogimiento con la misma familia y que acudían a la guardería por las mañanas. Posteriormente, el día octavo de internamiento, la exploración de la pediatra destaca que *continúan con la estimulación y que ambos niños están más alegres*. De esto se deduce que, en un principio se detectó tristeza en los niños, quizás incapacidad de sonreír, que fueron superando durante la primera semana. Un dato sobre uno de los niños recoge que *le sigue costando mantener el contacto visual* y del otro niño se dice que *no interactúa con el medio*, aunque esos son datos únicamente advertidos durante el internamiento.

Después de casi un mes desde el internamiento, los datos sobre uno de los niños recogen que *ha cambiado mucho, está mucho más receptivo y ya interacciona con el medio, gorjea, hace bisílabos*

espontáneos y como respuesta al adulto (ta, ta,...). También los datos del otro niño muestran mejoría un mes después del internamiento. De ello se deduce que el transcurso del tiempo les ha comportado un acostumbamiento a la situación con la consiguiente mejoría, de lo cual cabe deducir también un estado inicial de malestar y de ausencia de interés por el entorno. A pesar de la mejoría de los daños iniciales, con el transcurso del tiempo, los niños empezaron a mostrar una conducta que los informes técnicos califican de "preocupante" y que describen como:

ausencia de reacción a la separación de personas conocidas, siendo ello indicativo del establecimiento de vínculos variables y difusos (están bien con todos, sin diferenciación de personas significativas).

También se destaca retraso en el área del lenguaje. A pesar de esos síntomas, los informes del centro reconocen que la experiencia de institucionalización no está suponiendo daño emocional alguno para los niños, que tampoco se reconoció en el momento del ingreso, pues se destacó la ausencia de "componentes traumáticos", fundamentada en la ausencia de "trastornos psicósomáticos". Aún así, este dato se contradice con lo manifestado por uno de los técnicos psicólogos de la Entidad Pública que aseguró que los niños habían sufrido un duelo tras el internamiento.

Estos informes contrastan con los que obran en poder de los acogedores que también conocían los técnicos de la administración. Estos datos muestran el seguimiento de neonatología de los niños en que siempre se observó un "desarrollo conforme a edad corregida" por su prematuridad. Del mismo modo, ni las exploraciones de la neonatóloga ni las del pediatra del centro de salud al que los acogedores llevaban a los niños detectaron síntomas como los que padecieron los primeros días de ingreso. Por supuesto, tampoco las educadoras y cuidadoras de la guardería detectaron en los niños síntomas parecidos a los del centro de protección, como así lo manifestaron en su declaración en acto de juicio. Es de destacar que, al contrario que los informes del centro, los informes de la exploración cardiológica llevada a cabo durante la

mañana del día del ingreso en centro, muestran que los niños mantienen sedestación estable, mientras que los informes de control de neonatología de un mes antes del internamiento muestran que los niños gorgojean y, en líneas generales, todos los informes muestran un buen estado de salud y desarrollo.

Es importante considerar también la omisión de algunos datos en los informes del centro de protección, como por ejemplo, el estado en que los niños ingresaron y el conocimiento que las personas del centro tenían de la historia pasada de los niños. En efecto, los informes del centro no muestran datos sobre los dos primeros días del internamiento, no se dice si en el momento del ingreso los niños mostraban síntomas de maltrato o descuidos o iban mal aseados, o todo lo contrario. No se aporta ningún dato de índole psicosocial de la vida de los niños durante el acogimiento, tales como los horarios de sueño o las rutinas diarias que los niños seguían. Tampoco se estudia el apego que los niños habían desarrollado hacia la figura materna y el resto de la familia, ni su experiencia en la guardería. La metodología utilizada en el centro de protección pone de manifiesto que estos datos se ignoran, pues sólo se observa el comportamiento de los niños en el centro. Sin embargo, se puede observar que conocen el motivo por el cual los niños tuvieron que ingresar en el centro que especifican como "ratificación de tutela". Todos estos datos constan en el expediente y el hecho de que la sentencia les haya restado importancia incurre en un defecto en la apreciación de la prueba, encuadrable dentro del orden procesal.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, según todos los estudios, la separación de un niño de su figura materna es una experiencia altamente traumática y conlleva unos determinados comportamientos infantiles y vivencia de duelo. *Las respuestas de los niños de corta edad a su ingreso en un hospital u otra institución han de ser consideradas sencillamente como variantes de procesos básicos de duelo* (BOWLBY, 2003: 71). Por ello, es necesario considerar que, en el caso de estos dos gemelos, existe una relación de causa-efecto entre la vivencia de los niños y su comportamiento en el centro en el que ingresaron. Ello es, si cabe, confirmado por el hecho de que la

historia previa de los sujetos, no muestra ni hace predecible que los niños mostrasen tales síntomas en el hogar de los acogedores, como así pusieron de manifiesto distintos testigos en acto de juicio y destaca la propia sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre.

En segundo lugar, la pediatra del centro consideró que los niños estaban “fatal” cuando ella los exploró (dos días después del ingreso) como declaró en acto de juicio, por lo que cabe considerar que los niños mostraban signos de trastornos psíquicos pues se dice que físicamente muestran buen aspecto, a excepción de la dermatitis de uno de los niños.

Las reacciones que presentaron los niños que la pediatra destaca en el informe, están perfectamente documentadas en estudios rigurosos realizados a principios del siglo XX que, a día de hoy, han sido confirmados y mejorados. BOWLBY (1982: 19) muestra una rigurosa recopilación de los estudios realizados por otros investigadores, entre los que caben mencionar las dificultades de *sonreír a la vista de una persona*, lo cual concuerda con el estado de tristeza que se detectó en los niños durante la primera semana de internamiento. Destaca también BOWLBY (1982: 20) que *el retraso en comunicarse es especialmente característico de los niños acogidos en instituciones, cualquiera que sea su edad*, lo cual confirma que la pérdida del balbuceo que los niños experimentaron fue provocada por su negativa experiencia de internamiento. Sigue afirmando BOWLBY que *el desarrollo del niño acogido en una institución se desvía de la norma desde muy temprana edad*. Además, la edad de los niños (once meses y medio) estaba comprendida en el *período de mayor sensibilidad y vulnerabilidad a la separación de la madre* (ORTIZ, 1987: 43). Hay que tener en cuenta que el duelo de un niño de corta edad, como la de los niños del caso en el momento de la separación de la familia, puede presentarse de una forma poco elaborada, especialmente si la experiencia es excesivamente traumática, aunque el duelo de un niño de entre 15 y 30 meses se manifieste en tres fases: protesta, desesperación y desapego (BOWLBY, 2003: 71). Hay que resaltar que los niños del caso ya estaban acostumbrados a

las separaciones cotidianas de la familia, al acudir a diario a la guardería, lo cual puede explicar la ausencia de trastornos psicossomáticos en el sueño o la alimentación pues solían comer en la guardería y dormir allí la siesta.

Además, en el centro se les diagnosticó “atraso del desarrollo psicomotor leve” que no había sido diagnosticado antes. Esto se hizo a partir de la Escala de Denver (VERICAT y ORDEN, 2010: 397), que requiere la información de los padres para la evaluación del desarrollo, y del inventario de desarrollo de Battelle (SÁNCHEZ, 1997: 89), en que, además de la aportación de los padres, el niño debe encontrarse en su entorno habitual, de lo que se deduce que las técnicas no se aplicaron en condiciones óptimas. Cabe considerar que los datos obtenidos se vieron afectados por el hecho de que los niños habían sufrido una separación estresante que, en general, altera considerablemente la conducta de un niño. Por este motivo, el resultado del que se obtiene “retraso psicomotor” o puede considerarse inválido o puede ser causado o estar influenciado por la vivencia de duelo. La “conducta autocentrada” con movimientos repetitivos se da en lactantes y niños de corta edad considerados normales que *tiende a aumentar en situaciones de estrés, excitación o enfermedad y representan mecanismos eficaces de autoconsuelo* (ALGRANATI y DWORKIN, 2010). Este comportamiento es lo que las autoras R. DE SCHEJTMAN y VARDY (2008: 102) denominan “conductas regulatorias auto-dirigidas” que permiten *transformar el estado emocional negativo del bebé en un estado emocional más positivo*. También los autores ATO, CARRANZA y otros (2005, 376) demuestran que la “autotranquilización física” es una reacción a las situaciones de malestar y los autores AMMANITI y TRENTINI (2011: 73) se pronuncian en el mismo sentido destacando el aislamiento del mundo externo. Todos estos autores destacan que estas conductas autocentradadas se desarrollan cuando el niño no encuentra alrededor una adecuada respuesta afectiva a sus necesidades, por lo que decide usar sus propios medios para sentirse mejor. De todo ello, cabe concluir que los dos gemelos se encontraban en el centro de protección ante una situación de

deprivación afectiva que les llevó a desarrollar este tipo de conductas como medida de autoconsuelo. El retraso en el área del lenguaje, que destacan los informes sobre los dos niños, es típico de niños que han sufrido la privación de la figura materna en edad temprana (AINSWORTH, 1963: 117), por lo que cabe establecer una relación directa entre la conducta de los niños y los hechos innegables de la separación que sufrieron. Por tanto, existen evidentes manifestaciones clínicas de estrés postraumático en los niños, como destaca el informe que realizó un psiquiatra infantil por encargo de los acogedores, tales como pérdida de conductas ya adquiridas (MONTT y HERMOSILLA, 2001: 112), como el balbuceo y la estabilidad de la sedestación, estados de apatía con pasividad" (ORTIZ, 1987: 42) y el aumento generalizado del tono muscular (AMORÓS y PALACIOS, 2004: 41), propio de situaciones angustiosas (AMARO, 2009: 37). No consta que estos síntomas detectados en el centro de protección se hubiesen presentado antes, por tanto, debe deducirse que fueron provocados por la experiencia de separación o ausencia de la figura materna, tal como sugieren numerosos estudios.

Con el paso del tiempo de internamiento, los niños empezaron a mostrar alejamiento de las personas que les recordaban el hecho traumático (CARVAJAL, 2002: 24) mediante una conducta que los informes del centro califican de preocupante (no diferenciación de figuras representativas, están bien con todos), además de manifestaciones de indiferencia y desafección (AINSWORTH, 1963: 103), pues como afirman los estudios de dicha autora *es evidente que la separación influye especialmente sobre las relaciones entre el niño y las figuras parentales*. Las características que los niños presentan después de un tiempo de internamiento son típicas de un "trastorno del vínculo" y más concretamente del tipo de "apego inseguro desorganizado" (DANTAGNAN, 2007: 165-212). Es impresionante comprobar cómo el comportamiento que los niños desarrollaron en el centro de protección se adapta de una forma asombrosa a la sintomatología de ese tipo de trastorno. En primer lugar, *los niños con este estilo de apego han vivido separaciones repetidas y han pasado*

de un cuidador a otro (DANTAGNAN, 2007: 192), desarrollando el «síndrome del peloteo» que desgasta sus capacidades de vincularse, de confiar y de creer en él mismo y en los otros. Sigue diciendo DANTAGNAN que en situaciones más graves es doloroso constatar que a algunos de estos niños no les queda otra cosa que optar por autoestimularse con balanceos (DANTAGNAN, 2007: 193), opción que tomaron los niños pues la ausencia de sus acogedores y el resto de la familia les privó de la *fuerza de seguridad y alivio* (DANTAGNAN, 2007: 194). Más concretamente, el estilo de apego que apareció tras el internamiento de los niños es del tipo de “desorganizado desapegado” en que *las relaciones son superficiales con todos y todas, y no hacen gran diferencia en su trato con ninguna persona* (DANTAGNAN, 2007: 201). Este tipo de apego, se caracteriza por *balanceos rítmicos y comportamientos autísticos* (DANTAGNAN, 2007: 202). El expediente de los niños muestra que la acogedora detectó este tipo de comportamiento autístico y que hizo una consulta al respecto.

Así, teniendo en cuenta la evolución de los niños en el centro, hay que concluir que su experiencia fue adversa, dañina y muy negativa, lo cual no hace sino confirmar lo que todos los autores que se centran en el estudio de la infancia desprotegida afirman acerca de los efectos nocivos de la pérdida de los vínculos de un niño.

Las consecuencias de esta ruptura del vínculo que sufrieron los niños ya se empezaron a notar durante el internamiento, pues mostraron los primeros síntomas de “trastorno del vínculo”, mientras que otros trastornos pueden desarrollarse en el futuro, y pueden ser de mayor o menor consideración, ya que la *creencia de que las experiencias de la temprana infancia son importantes, por sus consecuencias, para el desarrollo de la enfermedad mental se ha ido afianzando a través de los años* (BOWLBY, 2003: 65).

La positiva evolución que describen de los niños en el centro guarda relación con el proceso de sanación del daño producido por la pérdida afectiva que sufrieron los niños, a la que éstos se iban acostumbrando como no podía ser de otra manera. En este sentido,

el psiquiatra Engel (WORDEN, 1987: 26) señala que *la pérdida de un ser amado es psicológicamente tan traumática como herirse o quemarse gravemente lo es en el plano fisiológico. El duelo representa una desviación del estado de salud y bienestar, e igual que es necesario curarse en la esfera de lo fisiológico para devolver al cuerpo su equilibrio homeostático, asimismo es necesario un período de tiempo para que la persona en duelo vuelva a un estado de equilibrio similar.* La conducta preocupante de indiferenciación afectiva es la apreciable cicatriz o secuela que les generó el daño sufrido.

Sin olvidar que el internamiento fue una acción contraria a la ley, resta analizar el objetivo pretendido de mantener a los niños sin vínculo con el argumento de facilitar la integración en una familia extraña, vertido en el caso estudiado. Pues bien, dicho argumento se confirma totalmente equivocado, ya que uno de los principales problemas que presenta la institucionalización en edades tempranas, especialmente si es prolongada, es el de la “inadaptación social” que se presenta en la edad adulta (ROSSER y BUENO, 2011, 334). De ello se deriva que el internamiento de un niño pequeño en una institución, con la consiguiente privación de familia, es perjudicial en el futuro, a medio o largo plazo y que incluso, dificulta la adaptación a otra familia, pues esa puede ser una consecuencia del problema de inadaptación social mencionado. Además de ello, la integración en una familia ajena no puede ser un objetivo que justifique el daño sufrido por los niños.

BOWLBY (1982: 84) demuestra que privar a un niño de su familia afectiva afecta negativamente a su salud mental, lo cual se reflejará en la edad adulta, a medio o largo plazo. No existe, pues, ningún dato que haga predecir que lo contrario, seguir cuidando al niño en el seno de su familia, entendida ésta como la que asume la parentalidad social, pueda ser perjudicial para él a medio o largo plazo y que por ello, convenga interrumpirlo. Este argumento, utilizado en el auto de medidas cautelares (*vid.* auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010)) resulta ser totalmente equivocado. Al contrario, los gemelos disfrutaban de una convivencia familiar saludable por lo que la pérdida de la misma

les supuso, un trauma incomprensible y las intervenciones administrativa y judicial les causaron un daño sin acción de protección compensatoria.

En definitiva, todos los estudios afirman que el efecto del abandono de un niño entre los seis meses y un año (como el que sufrieron los niños del caso), añadidos al abandono in útero, como al parecer sufrieron también los citados niños, producen distintos efectos de tipo psíquico, por lo que hubiese sido interesante evitarlos, a fin de respetar su interés superior. Además, puede considerarse que una decisión judicial que avala la actuación administrativa fundamentada en la capacidad de un niño para superar una pérdida afectiva por el hecho de que no ha experimentado ninguna en su pasado, supone ignorar la necesidad de estabilidad del niño, además de la provocación de un daño psíquico inmediato por acción expresa.

Si en los dos casos estudiados previamente la acción administrativa estuvo fundamentada en la “capacidad de adaptación” de los niños, en el caso del Auto TS de 3 de febrero de 2016 (rec. 2949/2014), la propia Entidad Pública documentó las dificultades de adaptación previsibles ante un cambio familiar, por lo que, si los primeros casos muestran una falta de conocimiento inadmisibles para profesionales que se dedican a la infancia, los técnicos de este último caso citado muestran una grave falta de respeto por el bienestar de la niña del caso y desprecio por su interés superior.

Durante el desarrollo de la nueva convivencia familiar impuesta a la niña, ésta muestra claros síntomas de inseguridad en la relación establecida que puede desembocar en problemas futuros. Por ejemplo, las reacciones del cuero cabelludo no se asocian a ningún trastorno psicossomático a pesar de que existen numerosas evidencias científicas de los trastornos dermatológicos asociados a situaciones estresantes (ANTUÑA, GARCÍA-VEGA y GONZÁLEZ, 2002: 296). Otro síntoma ampliamente documentado en procesos de adopción, sobre todo de niños más mayores, es el deseo de agradar a sus nuevas figuras parentales introducidas, lo cual se muestra en la niña del caso cuando intenta corregir sus errores o algo que le ha

salido mal. Por último, la inhibición conductual mostrada en el ámbito escolar, cuya dinámica necesariamente había de conocer, y el temor a posibles nuevos cambios que también mostró la niña es consecuencia directa de la negativa experiencia vivida por el abandono de su familia. Por tanto, es necesario enfocar los informes desde el trauma de la separación.

CONCLUSIONES

La postura actual del Tribunal Supremo respecto de las decisiones administrativas en materia de protección de la infancia sigue siendo la de nula reparación, ya iniciada con la sentencia TS 728/2001 de 9 de julio, previamente comentada, con la diferencia de que la intervención administrativa ha crecido exponencialmente, respecto a la que se producía al tiempo de aquella sentencia. Similar comportamiento se puede predicar del Tribunal Constitucional para quien debería suponer cuestión de trascendencia constitucional, la mera presencia de un niño al que afecte una decisión judicial en su interés superior y en su vida privada y familiar. Pese a ello, este Tribunal ha inadmitido numerosos recursos sobre cuestiones de protección infantil, resultando imposible su cuantificación. Entre ellos figura el que cita la sentencia TEDH R. M. S. (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013.

La sentencia TC 11/2008 de 21 de enero muestra un caso en que se alteró el rumbo de vida de dos hermanos por una desacertada decisión judicial que, además, no fue corregida con inmediatez, lo que derivó en la imposibilidad para los niños de la recuperación socio-familiar, con lo que, si bien se reconoció daño moral, no se impuso la restitución a la situación previa a la vulneración, aunque uno de los niños la buscó voluntariamente, regresando con su madre.

En las sentencias más recientes se utilizan criterios distintos para ponderar el interés superior de los niños bajo la patria potestad de sus padres respecto de los que están bajo tutela administrativa y dentro de estos se utilizan criterios opuestos en virtud del destino que, a priori, se plantea para el niño. Para estos últimos no se examinan los riesgos futuros de las decisiones que se toman para ellos, pese a que lo establece la sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre, al menos cuando se plantea un cambio familiar. En base a ello, se puede afirmar que los niños tutelados son tratados discriminatoriamente por los poderes públicos.

La primacía del interés superior del niño, como norma que contiene un valor moral, debería ponderarse en sede judicial en base al principio del daño (ROSALES, 2013: 105) e imponer un castigo a quien lo violase. Además, los ciudadanos, como sociedad organizada involucrada en el interés superior del niño, tienen el derecho a proteger ese valor moral prevaleciente, y a defenderse de aquellas expresiones que ofendan los sentimientos de la comunidad (ROSALES, 2013: 96) cuando un niño no es tratado con la dignidad que merece, con independencia de sus personales circunstancias. Se impone, por tanto, la nueva obligación social que conlleva la preocupación por el correcto cuidado de cualquier niño.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGRANATI, P. S. y DWORKIN P. H. (2010), "Problemas de conducta en lactantes", Cátedra de Pediatría de la UBA.
- AGUILAR, G. (2008), "El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 6, nº 1, pp. 223-247.
- AINSWORTH, M. D. (1963), "Efectos de la privación materna: estudio de los Hallazgos y Controversia sobre los Métodos de Investigación" en O.M.S. "Privación de los Cuidados Maternos. Revisión de sus consecuencias", monografía seriada.
- ALONSO, M. J. (2008), "Los derechos del niño con discapacidad en España", *CERMI*, nº 38.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. (2014), "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, pp. 5-49.
- AMARO, F. (2009), "Ansiedad (aspectos conceptuales) y Transtorno de Ansiedad en niños y adolescentes", Master en Paidopsiquiatría, [recurso virtual].
- AMMANITI, M. y TRENTINI, C. (2011), "Cómo el Nuevo Conocimiento de Ser Padres Revela las Implicaciones Neurobiológicas de la Intersubjetividad: Síntesis Conceptual de Investigaciones recientes", *Revista Electrónica de Psicoterapia*, 2011, Volumen 5, nº 11, pp. 60-84.
- AMORÓS, P. y PALACIOS, J. (2004), *Acogimiento familiar*, Madrid, Alianza editorial.
- ANTUÑA, S., GARCÍA-VEGA, E. y GONZÁLEZ, A. (2002), "Aspectos psicológicos de los enfermos con dermatitis atópica: una revisión", *Clínica y Salud*, vol. 13, núm. 3, pp. 285-306.

- AÑÓN, J. (2015), "Interés del menor", *Revista de Derecho de Familia*, Lefebvre, El Derecho.
- ARTERO, J. L. (2001), "El elemento volitivo en la adopción", *Acciones e investigaciones sociales*, pp. 53-75.
- ATO, E., CARRANZA, J. A. y otros (2005), "Reacción de malestar y autorregulación emocional en la infancia", *Psicothema*, 2005, Vol. 17, nº 3, pp. 375-381.
- AZNAR, H. (2009), "Un reto de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores" en VALLÉS, A. (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, pp. 21-56.
- BAEZA, G. (2001), "El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", *Revista chilena de Derecho*, Vol. 28, nº 2, pp. 355-362.
- BARBER, R. (2010), "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *Redur*, 8, pp. 25-37.
- BARUDY, J. (2007), "Las necesidades infantiles" en BARUDY, J. y DANTAGNAN, M., *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., pp. 61-76.
- BARUDY, J. (2007), "Familiaridad y competencias: el desafío de ser padres" en BARUDY, J. y DANTAGNAN, M., *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., pp. 77-126.
- BENEYTO, R. (2009), "Problemática educativa-familiar en la protección de los menores. La intervención de los abuelos" en VALLÉS, A. (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, pp. 57-86.
- BORDELOIS, I. (2009), *A la escucha del cuerpo. Puentes entre la salud y las palabras*, Libros del Zorzal.
- BORONAT, J. y RUIZ, E. (2009), "Una propuesta didáctica para la inclusión de los derechos del niño en el currículum de formación inicial del profesorado" en LÓPEZ-BARAJAS, E. y RUIZ,

- M. (coordinadores), *Derechos humanos y Educación*, UNED, pp. 219-228.
- BOTERO, H. (2012), "Relación Madre-hijo. El Amor en el Desarrollo del Cerebro del Bebé. Separación Temprana. Patrón de Relaciones y Salud Mental", *Revista Psicoanálisis*, XXIV (2), pp. 133-175.
- BOWLBY, J. (1982), *Los cuidados maternos y la salud mental*, editorial Humanitas, serie de Monografías de la Organización Mundial de la Salud.
- BOWLBY, J. (2003), *Vínculos afectivos: formación, desarrollo y pérdida*, Ediciones Morata, S. L., Colección: Psicología, Corrientes psicológicas.
- CAAMIÑA, C. M. (2016), "El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 2, pp. 77-91.
- CABAÑAS, J. C. (2010), "El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)", *REDC*, Nº 88, pp. 39-81.
- CABEDO, V. (2008), *Marco constitucional de la protección de menores*, edición nº 1, Editorial La Ley.
- CALZADILLA, M. A. (2003), "Las reformas del código civil español y la institución de la adopción", *Anales de la facultad de derecho*, Universidad de la Laguna, 20, pp. 27-44.
- CANO, M. D. (2009), "Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el derecho estatal y en el derecho valenciano", en VALLÉS (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, pp. 87- 130.
- CARMONA, M. R. (2011), *La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Dykinson, S. L.

- CARRILLO, B. L. (2002), "Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 20, pp. 249-296.
- CARVAJAL, C. (2002), "Trastorno por estrés postraumático: aspectos clínicos", *Revista chilena de neuropsiquiatría*, 2002, pp. 20-34.
- CATALÁN, M. F. (2009), "Infancia y publicidad engañosa" en VALLÉS, A. (director), *La protección del menor*, Tiranto lo Blanc, pp. 155-176.
- CILLERO, M. (2007), "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, pp. 125-142.
- CILLERO, M. (2007), "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, pp. 243- 249.
- CORRAL GARCÍA, E. (2002), "La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)", *Actualidad Civil*, N° 5, tomo 1, Editorial La Ley, 2002, pp. 161-171.
- CORRAL TALCIANI, H. (2001), "El nuevo régimen de la adopción en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°1, pp. 9-46.
- CORTINA, A. (2013), *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Editorial Paidós.
- CRESPO, T. (2008), "Preguntas frecuentes sobre post-adopción: la experiencia en la comunidad valenciana" en BERAESTEGUI, A., VIEJO, P. y GÓMEZ, B. (coord.), *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 163-180.

- DANTAGNAN, M. "Los trastornos del apego: elementos diagnósticos y terapéuticos" en BARUDY, J. y DANTAGNAN, M., *Los buenos tratos a la infancia*, Editorial Gedisa, S.A., 2007, pp. 165-212.
- DE BARTOLOMÉ, J. C. (2012), "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, pp. 46-60.
- DE DIOS, M. V. (2007), "Asistencia Social y Legislación Civil en el Ámbito de la Protección de Menores", *Revista jurídica de Navarra*, Nº 43, pp. 167- 182.
- DE TORRES, J. M. (2006), "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de Derecho civil*, Vol. 59, Nº 2, pp. 675-742.
- DE TORRES, J. M. (2013), "El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español", *ADC*, Vol. 66, Nº 2, fasc. II, pp. 587-685.
- DEL PICÓ, J. (2011), "Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno", *Revista Ius et Praxis*, Año 17, Nº 1, pp. 31-56.
- DEL VAS, J. M. (2009), "Estatuto jurídico del menor en el Derecho Civil italiano", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 715, pp. 2595-2623.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012), *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Editorial Tecnos.
- DORADO, J. A. (1990), "Privación psicosocial en niños de orfelinato", *Revista A.E.N.*, Vol. X., Nº 35, pp. 507-525.
- DURÁN-STRAUCH, E., GUÁQUETA-RODRÍGUEZ, C. A. y TORRES-QUINTERO, A. (2011), "Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2 (9), pp. 549-559.

- ENRÍQUEZ, A., PADILLA, P. y MONTILLA, I. (2008), "Apego, vinculación temprana y psicopatología en la primera infancia", *Informaciones Psiquiátricas: Publicación científica de los Centros de la Congregación de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús*, nº 193, pp. 249-292.
- FANLO, I. (2007), "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), Nº 9, pp. 159- 176.
- FELIU, M. I. (2005), "El derecho del neonato a la «inequívoca identificación». La responsabilidad de la Administración y personal sanitario", *Diario La Ley*, Nº 6360, Sección Doctrina, Editorial La Ley.
- FERNÁNDEZ, M. C. (2014), "Reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España", *Temas de Psicoanálisis*, nº 8, pp. 1-14.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. (2013), "Los grupos de riesgo. Propuestas psicoeducativas", *Revista de Claseshistoria, Publicación digital de Historia y Ciencias Sociales*, Nº 368, pp. 1-14.
- FERRANDO, E. (2009), "El menor emancipado en el derecho común y foral: especial referencia a sus facultades patrimoniales", en VALLÉS, A. (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, pp. 177-200.
- GALLEGO HENAO, A. M. (2012), "Recuperación crítica de los conceptos de familia, dinámica familiar y sus características", *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 35, pp. 326-345.
- GALLEGO MOLINERO, A. (2013), "Repensando la adopción internacional desde un enfoque centrado en el menor: el caso de España-Etiopía", *Cuadernos de Trabajo Social*. Vol. 26-1, pp. 203-212.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A. (2008), "Identidades y representaciones sociales: la construcción de las minorías", *Nómadas, Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 18.

- GARCÍA PONDAL, L. (2009), "La capacidad contractual de los menores en el ámbito laboral", en VALLÉS, A. (director), *La protección del menor*, Tirant lo Blanc, pp. 201-226.
- GIMENO, V. (2014), *Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración. Parte general*, UNED, Colex Editorial.
- GONZÁLEZ-GIL, F. (2011), "Inclusión y atención al alumnado con necesidades educativas especiales en España", *CEE Participación Educativa*, 18, pp. 60- 78.
- GRAIEWSKI, M. (2014), "Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, N° 2, pp. 110-140.
- HUETE, J. J. (2016), "Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores", [recurso virtual].
- JALONGO, M. R. (2006), "The Story of Mary Ellen Wilson: Tracing the Origins of Child Protection in America", *Early Childhood Education Journal*, 34(1), pp. 1-4.
- JIMÉNEZ, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Editorial Marcial Pons.
- LASARTE, C. (2015), *Derecho de familia, principios de Derecho civil VI*, Editorial Marcial Pons.
- LÁZARO, I. E. (2011), "Protección de la infancia vs el niño, sujeto de derechos", *Crítica*, nº 976, [recurso virtual].
- LIÑÁN, M. A. (2015), "Diversas consideraciones sobre las «uniones de hecho» en los ordenamientos jurídicos español y canónico", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 35, pp. 1-32.
- LÓPEZ, F., ETXEBARRIA, I., FUENTES, M. J. y ORTIZ, M. J. (coordinadores) (2001), *Desarrollo Afectivo y Social*, Ediciones Pirámide.

- LÓPEZ, M., FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., MONTSERRAT, C. y BRAVO, A. (2010), *Niños que esperan. Estudio sobre casos de larga estancia en acogimiento residencial*, GIFl, Universidad de Oviedo.
- MARÍN, I. y LÓPEZ, D. (2010), "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso- administrativo", *InDret*, 2/2010, pp. 1-38.
- MARRÉ, D. y SAN ROMÁN, B. (2012), "El "interés superior" de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones", *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. XVI, Nº 395 (9).
- MARTÍN, R. J. (2007), "Proyecto para la prestación del servicio de implicación familiar, en el cuidado y atención a los menores", *Trabajo Social Hoy*, Nº 51, pp. 9-35.
- MARTÍNEZ, E. (2014), "Prólogo", en Empez, N. (coordinadora), *Dejadnos crecer. Menores migrantes bajo tutela institucional*, Virus editorial, pp. 15- 22.
- MESA, P. J. (1991), "Consecuencias psicológicas y psicopatológicas de la hospitalización en la infancia" en Buendía, J. (coordinador), *Psicología clínica y salud. Desarrollos actuales*, Universidad de Murcia, pp. 213- 238.
- MOERMAN, J. (1996), "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias" en Verdugo, M. A. y Soler-Sala, V. (editores) *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 143-152.
- MONTT, M. E. y HERMOSILLA, W. (2001), "Trastorno de Estrés Post-Traumático en niños", *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, Nº 39 (2).
- MUÑOZ, A. (2005), "La familia como contexto de desarrollo infantil. Dimensiones de análisis relevantes para la intervención educativa y social", *Portularia*, Vol. V, Nº 2, pp. 147-163.

- NÚÑEZ, C. (2015), "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y derecho*, Vol. 73, pp. 117-160.
- OLIVA, E., VILLA, V. J. (2014) "Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización", *Justicia Juris*, Vol. 10, N° 1, pp. 11-20.
- ORTIZ, M. J. (1987), "La separación: alternativa ante los malos tratos en la infancia", *Revista de Servicios Sociales*, n° 4, pp. 40-46.
- PAZ, R. S. (2013), "Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (análisis a través de la jurisprudencia reciente)", *AFDUC* 17, pp. 675-685.
- PÉREZ MANRIQUE, R. C. (2007), "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (UNICEF), N° 9, pp. 251-277.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M. T. (2013), "Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial" en VERDERA, B. (coordinadora), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Editorial Dykinson, pp. 55-84.
- POUS, M. P. (2014), "La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 743, pp. 1376- 1401.
- R. DE SCHEJTMAN, C. y VARDY, I. (2008), "Regulación afectiva diádica y autorregulación en los infantes en el primer año de vida", *Facultad de Psicología – UBA, Secretaría de Investigaciones, Anuario de Investigaciones*, Volumen XV.
- RAVETLLAT, I. (2012), "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, n° 2, pp. 89-108.
- RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. (2015), "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho Civil chileno", *Revista chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, pp. 903-934.

- RIVERO, F. (2007), *El interés del menor*, Editorial Dykinson.
- ROCHA, M. (2015), "La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 2, pp. 43-86.
- ROSALES, C. M. (2013), "El principio del daño en asuntos de orden público", *Pensamiento, jurídico*, N° 36, pp. 89-116.
- ROSAS, M., GALLARDO, I., y DÍAZ, P. (2000), "Factores que influyen en el apego y la adaptación de los niños adoptados", *Revista de Psicología*, volumen IX, N° 1, pp. 145-159.
- ROSSER, A. y BUENO, A. (2011), "La construcción del vínculo afectivo en la adopción. La teoría del apego como marco de referencia en la intervención post-adoptiva", *INFAD Revista de Psicología*, N°1, Vol.1, pp. 333-340.
- RUTTER, M. (1990), *La privación materna*, Ediciones Morata, S. A., 1990.
- SÁNCHEZ, A. (1997), *Intervención psicopedagógica en educación especial*, Edicions Universitat de Barcelona, 1997, Col.lecció Textos docents, n° 107.
- SANTAMARÍA, M. L. (2014), "Aspectos psicosociales relacionados con la protección de menores. Caso práctico", *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters Aranzadi, N° 63, pp. 45-84.
- SANTANA, E. (2014), "El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados", *Revista de Derecho de Familia*, Lefebvre, El Derecho, n° 16.
- SANTOS, R. B. (2012), "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", [recurso virtual].
- SCHREINER, G. (2010), "Ecología de los derechos del niño e interés superior" en BUSTELO, E. y MINYERSKY, N. (compiladores), *Obra del Pre-Congreso Sudamericano sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia*, Organización Fundación Encuentro por la Ciudadanía Social, Argentina.

VALGAÑÓN, M. (2014), "Estilo de funcionamiento de las familias de acogida y conducta adaptativa - autoconcepto de los niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado", *Salud & Sociedad*, Vol. 5, N° 2, pp. 156- 169.

VERICAT, A. y ORDEN, A. B. (2010), "Herramientas de Screening del Desarrollo Psicomotor en Latinoamérica", *Revista chilena de Pediatría*, pp. 391-401.

WORDEN, J. W. (1987), *El tratamiento del duelo*, Editorial Paidós Ibérica, S.A.

ZERMATTEN, J. (2003), "El interés Superior del Niño. Del Análisis Literal al Alcance Filosófico", *Institute International des Droits de l'Enfant, Informe de Trabajo*.

ENUMERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencias

TEDH Moretti y Benedetti contra Italia (rec. 16318/2007) de 27 de abril de 2010

TEDH K. A. B. contra España (Petición nº 59819/08) de 10 de abril de 2012

TEDH R. M. S. contra España (Demanda nº 28775/12) de 18 de junio de 2013

Tribunal Constitucional

Autos

TC 28/2001 de 1 de febrero

Sentencias

TC 36/1991 de 14 de febrero

TC 7/1994 de 17 de enero

TC 141/2000 de 29 de mayo

TC 124/2002 de 20 de mayo

TC 221/2002 de 25 de noviembre

TC 71/2004 de 19 de abril

TC 75/2005 de 4 de abril

TC 118/2006 de 24 de abril

TC 11/2008 de 21 de enero

TC 58/2008 de 28 de abril

TC 185/2012 de 17 de octubre

TC 46/2014 de 7 de abril

TC 138/2014 de 8 de septiembre

TC 16/2016 de 1 de febrero

Tribunal Supremo

Autos

TS de 16 de marzo de 2010 (rec. 1490/2009)

TS de 11 de febrero de 2014 (rec. 1033/2012)

TS de 16 de septiembre de 2015 (rec. 246/2015)

TS de 3 de febrero de 2016 (rec. 2949/2014)

TS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1169/2015)

TS de 5 de octubre de 2016 (rec. 1307/2016)

Sentencias

TS de 21 de septiembre de 1999 (rec. 2854/1994)

TS 728/2001 de 9 de julio

TS 1260/2001 de 27 de diciembre

TS 858/2002 de 20 septiembre

TS 576/2009 de 27 de julio

TS 565/2009 de 31 de julio

TS 614/2009 de 28 de septiembre

TS de 1 de octubre de 2010 (rec. 681/2007)

TS 54/2011 de 11 de febrero

TS 258/2011 de 25 de abril

TS 320/2011 de 12 de mayo

TS 496/2011 de 7 de julio

TS 689/2011 de 20 de octubre
TS 36/2012 de 6 de febrero
TS 200/2012 de 26 de marzo
TS 323/2012 de 25 de mayo
TS 823/2012 de 31 de enero de 2013
TS 359/2013 de 24 de mayo
TS 740/2013 de 5 de diciembre
TS 679/2013, de 20 de noviembre
TS 836/2013 de 14 de enero de 2014
TS 315/2014 de 6 de junio
TS 444/2015 de 14 de julio
TS 540/2015 de 15 de octubre
TS 170/2016 de 17 de marzo
TS 251/2016 de 13 de abril

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Auto 1/2012 de 5 de enero
Sentencia de la sección 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo 184/2016 de 2 de marzo

Audiencias Provinciales

Sentencias de la sección 1ª de la AP de Jaén, 226/2000 de 8 de mayo y de la sección 3ª de la AP de Jaén, 289/2010 de 26 de noviembre, 181/2011 de 24 de junio y 244/2012 de 21 de septiembre

Juzgados de Primera Instancia

Auto del JPI nº 12 de Palma de Mallorca de 14 de junio de 2010 (rec. 553/2010)

Sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 633/2010 de 21 de diciembre

Sentencia del JPI nº 12 de Palma de Mallorca 344/2014 de 12 de junio