

SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES
DESAMPARO. REINSERCIÓN DEL MENOR EN FAMILIA DE
ORIGEN.

MARIA LUISA ZAMORA SEGOVIA

Magistrada

Juzgado de Primera Instancia nº 26, de Familia, de Sevilla

SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

DESAMPARO. REINSERCIÓN DEL MENOR EN FAMILIA DE

ORIGEN.

SUMARIO: **I.- INTRODUCCIÓN:** Interés superior del menor. Situaciones de desamparo. **II.- PROCEDIMIENTO JUDICIAL.** **1.-** Regulación legal. **2.-** Supuestos en los que es necesario el control judicial. Tramitación. **3.-** Potestad de la Administración. **III.- REINSERCIÓN DEL MENOR CON LA FAMILIA DE ORIGEN.** Resoluciones judiciales. **IV.- UNA MIRADA AL FUTURO.**

I.- INTRODUCCIÓN.

El artículo 39 de la Constitución Española establece, como principios rectores de la política social y económica, dentro de los derechos y deberes fundamentales, la protección a la familia y a la infancia, afirmando que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda. Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno.

Es necesario tener presente que si tiene gran importancia el interés de cada uno de los miembros de la familia, más ha de tenerla el de los miembros más desprotegidos y débiles como son los menores de edad, lo que justifica la mención especial y directa que hace la legislación, a este concepto, repetidamente utilizado. Estamos ante una cláusula general, que permite una mayor intervención tanto judicial como por parte de la Administración, y legitima su actuación, justificando su autonomía para solucionar los problemas familiares, buscando en todo momento la solución más idónea para el menor, o la menos perjudicial para el mismo.

Este aspecto proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, establece como principio general la obligación de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, si bien permite a la Administración y a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padres, cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño.

En este sentido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –que en su Título II regula las actuaciones en situación de desprotección social del menor y las instituciones de protección de menores-, sienta como principio general la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (Artículos 2 y 11.2-a), y ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda convenirle más para su integración tanto familiar como social.

El Juez deberá tener en cuenta en esta materia las circunstancias que concurren en los progenitores, en el grupo familiar y en los menores; valorando conceptos como cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor; la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos como factor positivo en su desarrollo; la atención que pueden prestar al menor tanto en el orden material, como afectivo los progenitores, las especiales circunstancias que concurren en los mismos; la existencia de

circunstancias perjudiciales para la formación o desarrollo del menor en cualquiera de sus padres; la estabilidad de empleo, y de ambiente y sobre todo emocional de los padres; así como valorar el rechazo que puedan sentir hacia algún progenitor, sus causas y manifestaciones; la madurez intelectual y volitiva del menor, etc. En definitiva, el Juez deberá averiguar, dentro de lo humanamente posible, qué es lo mejor para el hijo, por ser el interés supremo que se debe de proteger.

La regulación actual de los sistemas de protección de menores en nuestro Derecho se contiene desde el punto de vista sustantivo en los artículos 172 a 180 del Código Civil, tras la importante reforma operada en el mismo por la Ley de 21/1987, de 11 de noviembre que modifica toda la regulación hasta la fecha existente de una manera sustancial y es el inicio de nuestro actual sistema de protección con la introducción de la figura del desamparo. Algunos de estos artículos fueron modificados posteriormente por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que introduce algunas novedades, como el apartado 5 añadido al artículo 180 del mismo Código, en relación con el derecho de los adoptados a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

El artículo 23.1 de la Ley 1/1998 de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes:

- a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia.
- b) Ausencia de escolarización habitual del menor.
- c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.
- d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.
- e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.
- f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.
- g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.
- h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.
- i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor”.

No podemos olvidar la especificidad de esta materia, donde en la mayoría de los supuestos son otras instancias las que se ocupan de proteger a los hijos menores de edad, distintas de los padres biológicos y, en ocasiones, de la familia extensa del menor, iniciándose un proceso que puede culminar con la adopción de un menor en contra o sin contar con la voluntad de los progenitores, los cuales no siempre tienen la formación y la información suficientes para entender que lo más beneficioso para su hijo es que viva con otra familia que se ocupe de su educación, formación y sustento, o bien no alcanzan a entender las actuaciones que tienen que llevar a cabo para lograr que su hijo o hijos sean reinsertados en su propia familia, y más aún teniendo en cuenta la parquedad de la regulación legal –pese a los importantes avances de las últimas reformas- y la ausencia de preceptos específicos que contemplen todas las posibles causas de oposición y los pasos concretos a observar por los progenitores que –no incurso en causa de privación de patria potestad- pretendan recuperar la guarda y custodia de sus hijos menores. Es frecuente que acudan al Juzgado padres o familiares de menores incurso en un procedimiento de desamparo, tratando de encontrar respuestas y pautas de actuación, manifestando que se dirigen en continuas ocasiones, de palabra y por escrito, a la entidad pública, y que ésta no les da respuesta, llegándose incluso a

hacer referencia al silencio administrativo en el momento de presentar la demanda de oposición.

II.- PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

1.- Regulación legal.

Desde el punto de vista procesal la regulación se contiene en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en concreto en los artículos 779 a 781, regulándose la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en el artículo 780 y el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción en el artículo 781.

Respecto a la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, podemos distinguir tanto la propia impugnación de la resolución de desamparo, que determina la suspensión del ejercicio de la patria potestad de los progenitores, y la salida del menor del ámbito de su familia biológica –y todas las que se derivan de esa resolución inicial de desamparo, como la posible suspensión de visitas, la distribución de las mismas en horarios y periodos concretos o cualquier otra que adopte la Administración-, así como las posteriores decisiones relativas al acogimiento del menor en familia extensa o en familia ajena.

Tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo por la Ley 54/2007, se introdujo un límite de plazos a la posibilidad de impugnación por parte de los padres o tutores contenidos en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: tres meses para impugnar la resolución de desamparo y dos meses para la impugnación de el resto de las resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

Por su parte, se amplía el plazo máximo a dos años para que los padres o tutores puedan solicitar que se cese la suspensión de la patria potestad y quede revocada la declaración de desamparo, si se da un cambio de las circunstancias que la motivaron (artículo 172.7 del Código Civil). El mismo plazo de dos años es el que se establece para solicitar la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente (artículo 180.2 del Código Civil). Esta limitación de plazos contribuye a la seguridad jurídica de todos los intervinientes en el proceso de adopción del menor.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que todas las decisiones que competen a la Administración, son recurribles ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

2.- Supuestos en los que es necesario el control judicial.

El sistema vigente se basa en una primera intervención administrativa de carácter ejecutivo y un posterior control o revisión judicial de esas decisiones administrativas, por lo que el control jurisdiccional constituye un pilar básico en el sistema de protección de menores, si bien para que realmente cumpla su función, debe ser un control realizado a través de cauces procesales ágiles, también en la segunda instancia, para que permita, en la medida de lo posible, subsanar los posibles errores en los que la Administración haya podido incurrir a la hora de tomar decisiones sobre un menor. Además debe ser un control judicial en el que la parte afectada por la medida adoptada por la Administración se vea suficientemente amparada a través de la asistencia letrada desde el primer momento en que se produce la retirada de unos menores de ese entorno familiar. Este es uno de los motivos por los que se introdujo el párrafo primero del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que indica expresamente que los procedimientos en los que se

sustancie la oposición a las Resoluciones Administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.

La competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Protectora y en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código civil, la competencia corresponderá al Tribunal del domicilio del adoptante (artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En cuanto a la tramitación, sin pretender hacer un estudio pormenorizado, debe recordarse que al procedimiento de oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores le son de aplicación unas disposiciones generales que se establecen en los artículos 748 a 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pueden resumirse en los siguientes:

- Necesaria intervención del Ministerio Fiscal, puesto que siempre alguno de los interesados en el procedimiento es menor.
- Necesaria intervención de abogado y procurador en el procedimiento.
- Indisponibilidad del objeto del proceso (no cabe renuncia, ni allanamiento, ni transacción).

– Posibilidad de introducción de hechos nuevos en el procedimiento que pueden servir de base para decidir en estos procesos, con independencia del momento concreto en que esos hechos nuevos han sido alegados o introducidos en el procedimiento.

– Exclusión de la publicidad.

– Tramitación de los procesos a través de un cauce o juicio especial con características del juicio verbal pero que se apartan del mismo en la primera fase de demanda y contestación, ya que de la demanda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que la contesten en el plazo de 20 días.

– En cuanto a la prueba, existe la posibilidad de acordarla de oficio por el Tribunal, y resulta esencial contar con informes de seguimiento de fecha reciente, elaborados por los Servicios Sociales; informes médicos y escolares; así como informe del equipo psicosocial.

Sustancialmente, ciñéndonos a los supuestos de oposición más comunes y dejando a un lado la adopción, que será objeto de estudio en intervenciones posteriores, podemos distinguir:

A) Situación de desprotección de un menor que dé lugar a la declaración de desamparo (que podrá ser en un primer momento provisional) por parte de la

Administración, con la adopción generalmente de un régimen de relaciones familiares con los progenitores: deberá ser notificada la resolución a los padres no privados de la patria potestad en el plazo de 48 horas (artículo 172.1 del Código Civil). Pueden ocurrir tres cosas:

- a) No hay oposición expresa de los padres: pueden expresar su consentimiento de forma fehaciente o bien no efectúan impugnación ni oposición alguna.
- b) No es posible notificar la resolución a los padres (generalmente porque no ha sido posible su localización).
- c) Se notifica la resolución y se oponen a la misma.

En los supuestos b) y c) es necesario que la Administración obtenga la aprobación judicial de la resolución administrativa, pues hasta este momento el Órgano Judicial no interviene en el procedimiento administrativo. En este supuesto, es habitual que coincidan casi al mismo tiempo en el Juzgado los dos expedientes judiciales, es decir:

- La Entidad Pública formulará mediante demanda propuesta ante el órgano judicial justificando la necesidad de la tutela administrativa del menor e interesando la ratificación de la medida.

- Los padres biológicos (o uno de ellos) interpondrán demanda de oposición a la resolución administrativa interesando que la misma quede sin efecto.

En el caso de que se interpusiera la demanda de oposición, el primer procedimiento judicial se suspende hasta que recaiga resolución definitiva en el segundo.

B) La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública (puede ser en familia extensa o ajena). El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor (artículo 172.3 del Código Civil). A su vez, el Acogimiento familiar que puede ser según el artículo 173 bis del Código Civil:

- α) Acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.

- β) Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor.
- χ) Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, o bien, con independencia de aquella cuando fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

En este supuesto se repite nuevamente el proceso anterior, cabe oposición por los progenitores o familiares del menor (que podrán interesar que se deje sin efecto la resolución o bien que se declare idóneos los familiares del menor en lugar de la familia ajena, o bien pueden oponerse al tipo de acogimiento, interesando que en lugar del permanente se acuerde el simple que tiene una mayor transitoriedad) y es necesaria la aprobación judicial en el caso de oposición o falta de consentimiento (artículo 173.3 del Código Civil).

Asimismo por vía de impugnación puede llegar al Juzgado la oposición de los padres ante la resolución denegatoria de la Entidad Pública de asumir la guarda del menor (generalmente adolescentes que no se someten a disciplina alguna en el

hogar familiar). Se habla de guarda judicial cuando el Juez en los casos que legalmente proceda establece que la misma ha de corresponder a un tercero familiar o Entidad Pública, prevista expresamente en el artículo 103 del Código civil como medida provisional de carácter excepcional y se deduce igualmente del contenido del art 92 del Código Civil, pudiéndose establecer incluso como medida en una sentencia de divorcio respecto de alguno de los hijos menores.

Es posible –y ocurre con frecuencia- que en la resolución administrativa que declare la situación provisional de desamparo de un menor, acuerde la constitución del acogimiento residencial junto con un régimen de relaciones familiares de los menores con sus progenitores, por lo que en este caso la demanda de oposición al expresar la resolución impugnada, deberá hacer constar la oposición tanto a la declaración de desamparo provisional como a la constitución del Acogimiento residencial.

C) Propuesta de adopción del menor formulada por la entidad pública ante la autoridad judicial, previo informe de los servicios de atención al menor, y siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

En este caso cabe revocar judicialmente la declaración de idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad realizada previamente por la Administración.

3.- Potestad de la Administración.

La situación de riesgo de un menor es aquella que perjudica el desarrollo personal o social del menor pero que no requiere la asunción por parte de la Entidad Pública de la tutela del mismo (artículo 17 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), y le faculta para la adopción de medidas que disminuyan los factores de riesgo y dificultad social, así como proteger al menor y su familia. Se trata de la primera etapa dentro las situaciones de protección de menores y corresponde a la Administración distinguir cuándo se está ante una situación de desamparo y cuándo se está ante una situación de riesgo que determine la asunción de medidas diferentes a las que se derivan del desamparo.

El artículo 12 de la ley citada exige igualmente la necesidad de adoptar medidas de prevención y reparación de las situaciones de riesgo, y en este sentido

puede hacer referencia a la intervención ciudadana, necesaria sobre todo en estos supuestos en los que muchas veces hay situaciones que quedan ocultas para la sociedad por desarrollarse dentro del propio ámbito de la intimidad familiar.

La Administración tiene plena potestad para adoptar medidas de carácter ejecutivo desde el inicio de la situación de riesgo del menor, y más aún tras la declaración de desamparo y la constitución del acogimiento, y es frecuente que junto con las iniciales medidas de protección y seguimiento de la familia se adopten con posterioridad –si estas son ineficaces- distintas resoluciones relativas al establecimiento de un régimen de relaciones familiares de los menores con los padres biológicos, y el modo en que habrán de llevarse a cabo las mismas, pudiendo incluso suspenderse dichas relaciones en el caso de que la Administración considere que dicha medida es la más idónea para los menores (generalmente ocurre en el inicio del acogimiento familiar preadoptivo).

En relación con estas resoluciones, es doctrina pacífica de la Audiencia Provincial de Sevilla desde el año 2003, la que entiende que “la resolución administrativa de suspensión de relaciones familiares sin oposición de los afectados o del Ministerio Fiscal, resulta plenamente ejecutiva sin necesidad de pronunciamiento

judicial que la ratifique, al ostentar los actos administrativos dictados con competencia, motivación y formalidades legales, presunción de legalidad” (Auto de 28 de marzo de 2011 y 29 de junio de 2011). Y por este motivo se inadmite por los Juzgados de Familia la solicitud de la entidad pública interesando la ratificación de la medida, al carecer de objeto y no concurrir causa que justifique la intervención judicial; y ello sin perjuicio de la competencia de la Entidad Pública de Protección para adoptar las medidas necesarias en beneficio e interés de la menor y quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados a quien afecten ejerciten sus acciones de oposición a aquella y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.

Por otra parte como declara el Auto de 28 de septiembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Sevilla que “la Entidad pública encargada de la protección de menores carece de acción, y por ende de legitimación "ad causam" –atendida como aptitud concreta para actuar como parte en un específico proceso y para que la pretensión ejercitada pueda ser examinada- en orden a instar de la Jurisdicción civil la ratificación u homologación de resoluciones administrativas previas, eficaces y ejecutivas, relativas a la limitación de las relaciones familiares respecto de una menor tutelada, sin perjuicio de su eventual impugnación por parte de los parientes afectados por dicha limitación”.

Puede hacerse referencia finalmente, al criterio adoptado por la Audiencia Provincial de Sevilla en los Autos de 17 de noviembre de 2010 y 25 de enero de 2011, en los que se nombra tutor al familiar guardador –sin necesidad de privación previa de la patria potestad del progenitor-, al amparo del artículo 239.2 del Código Civil, aplicando el criterio del interés del menor, pese a la oposición del Ministerio Fiscal que entiende que mientras subsista la patria potestad no puede nombrarse tutor. En el último de los Autos citados, se nombra tutora de una menor a la tía materna que se ha ocupado de su cuidado desde el fallecimiento de la madre, con suspensión del ejercicio de la patria potestad del padre, no siendo necesario que la entidad pública asuma la tutela de la menor.

III.- REINSERCIÓN DEL MENOR CON LA FAMILIA DE ORIGEN.

Como se ha expuesto anteriormente, la actuación de la Administración en materia de protección de menores debe ir dirigida en primer lugar a arbitrar los medios necesarios para lograr eliminar los factores de riesgo y reintegrar al menor con la familia de origen, para lo que debe contar con los recursos necesarios y emplearlos a fondo, y solo en el caso en que las primeras medidas no den resultado y continúe en riesgo el bienestar del menor, deberá declararse en situación de desamparo y acordar el acogimiento residencial, continuando entretanto las actuaciones dirigidas a lograr que la familia de origen remueva los obstáculos

existentes para poder ejercer nuevamente la patria potestad sobre su hijo menor de edad con todos los derechos y deberes a ello inherentes.

En este aspecto puedo destacar dos resoluciones dictadas en el Juzgado de Familia nº 26 de Sevilla del que soy titular, en las que estimé la oposición formulada a la declaración de desamparo de un menor dictada por la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social, acordando dejar la misma sin efecto, cesando por tanto la tutela administrativa del ente público y el acogimiento residencial del menor, restituyéndose la guarda y custodia de los progenitores. En la primera de ellas de 26 de octubre de 2010, ya con anterioridad había tenido lugar la reunificación familiar del menor con la familia de origen, al haber existido una modificación de las circunstancias que dieron lugar a la declaración inicial de desamparo, procediéndose a la conclusión y archivo del expediente de protección incoado respecto a dicho menor, derivando al núcleo familiar al Equipo de Tratamiento Familiar de la zona, para que por los mismos se realizara el seguimiento dentro de sus competencias.

La segunda resolución, dictada el 26 de noviembre de 2010, acuerda la restitución de la guarda y custodia de la madre respecto de sus tres hijas menores, pese a observarse la carencia en la misma de habilidades suficientes para ejercer correctamente los deberes inherentes a la patria potestad, así como para procurar una correcta educación a sus hijas y al modo de inculcar en las menores principios y

valores adecuados a la edad y situación de cada una de ellas. Si bien, nada de lo anterior se encuentra comprendido en alguno de los motivos señalados en el artículo 23.1 de la Ley 1/1998, para entender que existe una situación de desamparo que justifique la intervención de la Entidad Pública para proteger a las menores. No obstante, pese a la revocación de la resolución administrativa, atendidas las circunstancias –que podrían suponer una situación de riesgo para las menores-, se consideró procedente derivar el núcleo familiar al Equipo de Tratamiento Familiar de la zona, para que por los mismos se realizara el seguimiento del núcleo familiar dentro de sus competencias, informando al Juzgado cada seis meses, durante el período de dos años.

Pese a lo expuesto, las sentencias judiciales en las que se deja sin efecto la resolución administrativa son infrecuentes, y sin embargo sí son más frecuentes aquellas en las que pese a que se mantiene la declaración de desamparo, se amplían o se establecen visitas con los progenitores o parientes cercanos, estimando la petición subsidiaria de la parte impugnante. En este sentido, la Sentencia de 31 de octubre de 2008 dictada por el Juzgado de Familia nº 26, acuerda un régimen de visitas de un menor con su tía abuela paterna de dos horas cada quince días en medio abierto, al haberse dictado resolución de cese del acogimiento residencial del menor y la constitución del acogimiento familiar preadoptivo, no considerándose que la relación del menor con su tía abuela vaya a perturbar las relaciones de aquel con su nueva familia, pues en absoluto interfiere en el rol de madre, y puede incluso ser

beneficioso para el menor. Por su parte, otra Sentencia de la misma fecha, se acuerda ampliar las visitas de la madre del menor, al establecerlas con una periodicidad semanal en lugar de quincenal, para así lograr el afianzamiento en las habilidades educativas que la madre iba adquiriendo lentamente, para beneficiar la reintegración del menor con su familia de origen.

En definitiva, como recientemente ha afirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de febrero de 2011: “Las medidas que han de tomarse para proteger al menor, en los casos de situaciones de riesgo para los niños sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño. Cuando existe contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, de modo que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o

de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor”.

El Alto Tribunal entiende que la solución de la sentencia recurrida que acuerda la entrega del menor al padre, bajo las medidas de seguimiento que deberá ejercer la Consejería, ha respetado el principio de protección del menor por los siguientes motivos: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la Administración recurrente; c) el artículo 172.4 del Código Civil considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación.

IV.- UNA MIRADA AL FUTURO

La protección del niño tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La Administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintegre en la familia, cuando no sea contrario a su interés (artículo 172.4 Código Civil), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la Administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011).

De la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero se deduce lo siguiente:

- a) El principio básico es que lo que más beneficia al menor es la reintegración en una familia cuanto antes, mejor si es la suya. Si no es posible, primero se reintegrará en la familia extensa antes que en familia ajena.
- b) El menor y sus intereses son el centro de toda actuación administrativa para evitar su desamparo.
- c) Hay que articular los mecanismos necesarios para detectar situaciones de riesgo.

Uno de los aspectos que pueden mejorarse en esta materia es la coordinación entre el ámbito administrativo y el judicial, que permita mejorar la intervención acortando plazos que producen incertidumbre y realizando una correcta valoración previa de la situación de cada menor y de la intervención adecuada, cumpliendo escrupulosamente la necesidad de informar a los padres biológicos, de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada, para que puedan oponerse desde el primer momento a la resolución administrativa – si hay motivos para ello- y se logre cuanto antes la intervención judicial.

Hay que tener en cuenta que tanto la Administración Pública, como el Ministerio Fiscal y el Órgano Judicial, tienen un único objetivo: el interés superior de los menores de edad. No hay otro interés en esta materia, no se pretende separar al menor de su familia de origen por motivos infundados o arbitrarios, sino porque esto sea lo más beneficioso para aquel, porque este es el deber de la entidad pública (y de ahí deriva su propia denominación: Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Dirección General de Infancia y Familias). Si se consigue un buen trabajo con la familia biológica para lograr la mejora de las condiciones que determinaron la intervención administrativa, diferenciando las situaciones de riesgo de las de desamparo, y trabajando con las primeras, se conseguirá en un mayor número de casos, el objetivo primordial: la reinserción del menor con su familia de origen.

Quizá la dificultad estriba en que este tipo de medidas desde el punto de vista presupuestario son mucho más costosas que las medidas que derivan de la situación de desamparo. Se observan casos en los Juzgados en los que se ha decretado una situación de desamparo, con la consecuencia de salida del menor del entorno familiar, cuando quizá hubiera sido posible conseguir que el menor permaneciera dentro de la familia proporcionándole la ayuda necesaria, y por este motivo el control consiste en examinar si la resolución administrativa es correcta en cuanto a la medida protectora que ha establecido y en concreto si era absoluta y totalmente necesario que el menor fuera extraído de su familia biológica. En este

sentido, debe tenerse en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que nos impone a todos los Organismos intervinientes en medidas de protección de menores, el respeto a la proporcionalidad entre la situación de riesgo que provoca la intervención y la medida de protección a adoptar. En el mismo sentido la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, proclama el principio de prioridad de la familia biológica como lugar del desarrollo del menor.

Por ello la propia Administración debe estar dotada de los recursos presupuestarios suficientes –y deberá realizarse una adecuada gestión de los mismos- para que se le permita actuar ante situaciones de riesgo con medidas menos agresivas, que hagan posible que un menor continúe en su familia biológica y que solo en los casos estrictamente necesarios sea apartado de la misma, lo que –en la mayoría de los casos- no está ocurriendo.

Desde el punto de vista procedimental, deberá observarse con especial atención el cumplimiento de todos los plazos y garantías legales previstas en el procedimiento administrativo, y en el caso de que exista oposición a la resolución, se proceda a un pormenorizado análisis del expediente por parte del Letrado que defenderá los intereses de la Administración, porque en la práctica existe un notable desconocimiento del devenir del procedimiento administrativo por parte de la familia biológica, y el Letrado que defiende sus intereses en el procedimiento judicial suele

poner de manifiesto ante el Tribunal la posible falta de notificación, o de respuesta por parte de la Administración en relación con las causas que dieron lugar a su intervención, haciendo valer la posible nulidad del procedimiento o lo desproporcionado o inadecuado de la medida adoptada.

En último lugar, querría someter a la consideración de todos, las conclusiones de la llamada “Teoría de la ventana rota” elaborada a raíz de un experimento realizado por un profesor de la Universidad de Stanford (Phillip Zimbardo), en 1969, que demuestra que los delitos aumentan en las zonas de mayor descuido, suciedad, desorden o maltrato material. Si se rompe el cristal de una ventana en un edificio y nadie lo repara, pronto estarán rotos todos los demás cristales. Si se cometen pequeñas faltas y no son sancionadas, pronto aparecerán faltas mayores. Si se permiten actitudes de falta de respeto como algo normal en los niños, su patrón de desarrollo será cada vez de mayor violencia.