

Resumen:

En el presente texto se analiza Sentencia del Tribunal Supremo de España que resuelve la petición de los abuelos paternos de ser declarados acogedores de su nieta, ante la declaración de desamparo de ésta (tutela administrativa y suspensión de las funciones tutelares por parte de los progenitores).

La relevancia de la presente resolución no solo radica en la dureza del caso y la difícil posición del Tribunal a la hora de tomar la decisión definitiva; sino en la contundencia y claridad con la que se analiza la actuación administrativa (totalmente irregular, derivado del poder absoluto) que refleja la realidad de un sistema de protección a la infancia y adolescencia que “hace aguas” y que clama una revisión integral en España.

Resolución:

Sentencia Nº 1438/2023
Tribunal: Tribunal Supremo
Ponente: M^a de los Ángeles Parra Lucan
ECLI: ES:TS:2023:4413

Procedimiento:

Oposición a la medida administrativa de protección de menores.

Supuesto de hecho:

Niña nacida en 2017, de filiación monoparental, es declarada en desamparo el 2 de enero de 2018 por la Administración, bajo medida de protección consistente en acogimiento en familia ajena, sin derecho de visitas a madre ni familia extensa materna.

El 5 de enero de 2018 los supuestos abuelos paternos solicitan a la Administración evaluación de idoneidad para ser acogedores de la niña, petición desestimada por no constar determinado legalmente que fueran los abuelos de la niña.

El 27 de septiembre de 2018 la Administración deja sin efecto el acogimiento familiar temporal y acuerda un acogimiento en sistema preadoptivo, tramitándose judicialmente el expediente de adopción en febrero de 2019.

Frente a las medidas administrativas la madre presentó oposición judicial que fue tramitada en el Juzgado de Primera Instancia desde donde se dictó Sentencia en septiembre de 2019 por la que dejaba sin efecto la resolución de acogimiento preadoptivo, y se ordenaba la elaboración de un Proyecto Individual Familiar (PIF) para el retorno de la niña a la familia de origen incluida la extensa paterna cuando se determine la filiación (instada). Esta resolución fue recurrida en apelación y en casación, recursos que fueron desestimados (desestimación del último recurso, en octubre de 2021). Por su parte, el padre de acogida interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

El 14 de mayo de 2019 los progenitores presentaron ante el Registro Civil reconocimiento voluntario de filiación, pero, al estar la niña, sujeta a tutela administrativa, era preceptivo el consentimiento expreso de la Administración, la cual denegó el mismo, remitiéndose desde el Registro Civil a la vía judicial.

Antes de incoarse el expediente judicial de reconocimiento de filiación, la Administración interpuso demanda de impugnación de la filiación no matrimonial, que fue archivada por no estar determinada la filiación que se pretendía impugnar.

El 19 de junio de 2019, el supuesto padre biológico interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial y tras el allanamiento de la madre y la oposición de la Administración, se procedió a la correspondiente prueba genética a realizar, determinándose en un 99,99% la filiación, reconociéndose tal en Sentencia de fecha 22 de julio de 2020.

En el mismo año nace un hermano de la niña sujeta a medida de protección, y se abre un expediente de desamparo para el hermano que, tras una evaluación de idoneidad de los abuelos paternos, éstos son considerados idóneos y se declara la medida de acogimiento en familia extensa para el niño.

Como consecuencia de la filiación paterna, el 20 de octubre de 2020, la Administración notifica al padre resolución por la que se confirma la medida de protección, ante la cual el padre presenta alegaciones solicitando Proyecto Individual Familiar, para el retorno de la niña a la familia de origen y subsidiariamente acogimiento en familia extensa paterna. La Administración desestima y ratifica su decisión.

Por su parte, tras la determinación de la filiación, los abuelos paternos (ya reconocidos) solicitaron a la Administración su evaluación de idoneidad como familia de acogida para su nieta, siendo desestimada por la administración estas peticiones, en resolución de 1 de marzo de 2021.

Frente a dicha resolución los abuelos presentaron la oportuna oposición judicial, quedando suspendida hasta obtener la firmeza del proceso inicial de oposición a la medida de protección que instó la madre (que revocaba

la decisión de acogimiento en preadoptivo y obligaba a la Administración a evaluar el retorno de la niña con la familia biológica, incluidos los abuelos) y que se encontraba pendiente de recursos.

Una vez firme la citada sentencia, se retoma el proceso de oposición a la resolución administrativa que denegaba el acogimiento de los abuelos, y paralelamente, en el ínterin de dicho proceso, los abuelos instaron la ejecución de la Sentencia que devino firme para hacer cumplir a la Administración con lo ordenado judicialmente; llegando a un acuerdo en julio de 2022, para dar comienzo a un régimen de visitas entre abuelos y nieta en un punto de encuentro, durante una hora a la semana, y tras 6 visitas, proceder a informar sobre la evolución.

En febrero de 2022 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de los abuelos, en la que se oponía a la resolución administrativa que resolvía denegar el acogimiento de los abuelos, pero estableciendo un régimen de visitas progresivo encaminado a favorecer el vínculo entre la niña y los abuelos y su hermano (de quien ostentaban el acogimiento desde el nacimiento).

Frente a la resolución todas las partes instaron recurso de apelación, siendo resuelto por la Audiencia la **denegación de la solicitud del acogimiento familiar con los abuelos por considerar perjudicial para la niña sacarla de su entorno actual**; motivo que provoca que los abuelos insten recurso de casación e infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso satisfactoriamente para los abuelos paternos, **acordando el acogimiento familiar de los abuelos a llevar a cabo en el plazo de 30 días**. Esta resolución argumenta su decisión, con base en el **deber de la Administración de dirigir la intervención a apoyar técnica, personal y materialmente la satisfactoria integración de la niña en su familia de origen**; declarando la actuación de la Administración, en el caso en concreto, irregular, desconcertante, obstaculizadora, de no fácil comprensión, de incorrecto proceder.

Contexto jurídico del supuesto:

En España, la protección de la infancia y la adolescencia es competencia exclusiva de la Administración.

La declaración de desamparo, competencia de la Administración, conlleva la asunción inmediata de las funciones tutelares de los niños, niñas y adolescentes, y la separación del niños, niñas y adolescentes (en adelante, **NNA**) del núcleo familiar de origen; de forma directa y ejecutiva, sin control judicial previo.

Como analiza la Sentencia, la competencia exclusiva de la Administración, viene acompañada de un trabajo con los NNA y con las familias que consiste en el trabajo efectivo (a través de un Proyecto Individual Familiar -PIF- que debe contener unos objetivos claros, y una temporalidad determinada) cuyo objetivo es y debe ser el retorno del NNA a la familia de origen. Solo en los casos en los que es inviable el retorno a la familia de origen (incluye a la extensa), entonces la medida a establecer es la adopción (y ruptura total del vínculo con la familia de origen).

Legislación nacional aplicable:

- Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor. En adelante **LOPM**. Regula el derecho material relativo a los derechos y deberes de los NNA, así como el ámbito de su protección (bajo el amparo de la competencia exclusiva de la Administración: situaciones de riesgo, desamparo, medidas de protección: acogimiento en familia, residencial, tipos de familia y tipos de centro...).
- Leyes Autonómicas: Entre otras medidas de la Transición española hacia la democracia, las Autonomías adquirieron la competencia exclusiva en materia de protección de la infancia y la adolescencia, asumiendo en sus correspondientes estatutos de autonomía el compromiso de legislar esta materia, con respeto a la legislación estatal.
- Ley Orgánica 8/2021 de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, la **LOPVI**).
- Artículo 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que regula el proceso judicial de oposición a la medida administrativa de protección de menores.
- Artículo 172, 173 y 174 del Código Civil (en adelante, **CC**), así como los correspondientes en la misma materia, en los derechos forales que España tiene reconocidos (Cataluña, País Vasco, etc).

El control judicial sobre la actuación administrativa debe solicitarse expresamente por las partes legitimadas, que según el artículo 780 LEC son: progenitores, acogedores, ministerio Fiscal. El NNA también es parte legitimada para presentar oposición ante el Juzgado; ahora bien, a pesar de tener reconocido el derecho a un abogado de oficio (artículo 21 bis de la LOPM), la realidad es que no dispone de esta defensa en la práctica (el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Justicia Gratuita solo reconoce este derecho a los NNA víctimas de violencia, es decir que exista un delito; no todas las medidas de protección administrativa, como la de este caso, presentan delito de violencia contra la infancia y adolescencia).

En cifras:

El número de niñas, niños y adolescentes atendidos por el sistema público de protección a la infancia y la adolescencia se cifra en 51.203 en el año 2022. De esta cifra, 30.657 son tutelas “ex lege”, de las cuales, a su vez una tercera parte, 10.634 fueron resoluciones dictadas en 2022 y el resto, 20.023, responde a tutelas de años anteriores que se mantienen sin retornar las funciones tutelares a sus progenitores. (Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia Boletín número 25 Datos 2022 -provisional, a noviembre de 2023-). **En el año 2022, de las 10.634 resoluciones administrativas** dictadas en 2022 decretando la situación de desamparo de niños, niñas y adolescentes, **tan solo 1.701 fueron impugnadas judicialmente** (Base de datos de la estadística judicial. Boletines trimestrales. Estadística judicial publicada por el Consejo del Poder Judicial).

Las definiciones de las situaciones de riesgo y desamparo vienen recogidas en los artículos 17 y 18 de la LOPM, y si bien se desarrollan de forma concreta en determinadas situaciones, ambas guardan una definición abstracta e indefinida como “*cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor*”, dejando al arbitrio de la Administración el poder de decisión de cualquier situación que puedan considerar que entra en el concepto de desprotección (sin control judicial previo).

En caso de oposición judicial frente a la medida administrativa de protección de menores, del artículo 780 LEC, el mismo ente administrativo (desde donde emanan los informes de evaluación sobre las capacidades y habilidades parentales, o las idoneidades de la familia) será parte en el proceso.

Entre tanto, la medida administrativa se va ejecutando, y paralelamente a la medida de protección (desamparo, acogimiento etc), la manera de recuperar las funciones tutelares por parte de los progenitores debe pasar por el trabajo, supervisión y criterio del mismo ente administrativo en las

carencias y habilidades que éste considera insuficientes o negligentes en los progenitores, tutores o guardadores. Y la recuperación de las funciones tutelares, dependerá también del criterio del mismo ente.

De esta manera, mientras el mismo equipo que aprecia los indicadores de riesgo y desprotección sea el mismo equipo que propone la medida de protección, y el mismo, además, que debe trabajar en la recuperación de las funciones tutelares, el sistema de protección a la infancia y adolescencia será ineficaz.

Además, la resolución judicial que revoque o ratifique la medida administrativa, no es susceptible de ejecución provisional (artículo 525 Ley de Enjuiciamiento Civil). De forma que, cualquier recurso interpuesto frente a la resolución judicial que revoque total o en parte la medida administrativa no puede llevarse a efecto, mientras no sea firme la decisión judicial, y por tanto, la medida administrativa impugnada (y quizá revocada en su totalidad) mantendrá sus efectos mientras.

A pesar del carácter preferente que la Ley establece para este tipo de procedimiento (artículo 779 LEC), la lentitud en los procesos es la lacra de nuestra administración de justicia, y la asignatura pendiente (pero quizá, olvidada) de nuestros gobiernos. El año 2022, se inició con 1.371 procedimientos judiciales pendientes relativos a protección de infancia; prácticamente el 80% del total que ingresó nuevos.

Igualmente, es importante saber que, además de la incongruencia relativa a la defensa letrada del NNA, se suma que la Ley no permite a todas las partes legitimadas en el proceso del 780 LEC, solicitar medidas provisionales / cautelares. Solo se permite al Ente tutelar, al Ministerio Fiscal, al NNA -qué ironía- o al Juez de oficio (artículo 780.5 LEC y 200 del Código Civil).

Todo ello, en conjunto, hace que los procedimientos judiciales se eternicen, y la medida administrativa inicial, no sujeta a control alguno, perdure durante años.

Situaciones como la del supuesto analizado, son más habituales de lo deseable en España. A la falta de un control judicial previo se añade la ausencia de defensa letrada de oficio (justicia gratuita) en el expediente administrativo (la intervención administrativa), siendo solo reconocida para la oposición a una resolución (no a modo preventivo, durante el estudio y evaluación del caso).

Es inevitable concluir que el interés superior del NNA, como eje sobre el que giran todas las pretensiones, debe ser analizado desde todas las perspectivas, para que la medida que finalmente se decida, salvaguarde todas las garantías y derechos del NNA.

En el caso analizado, cualquier decisión era difícil. **La niña nace en 2017, es declarada en desamparo en enero 2018, y tras 9 meses con una**

familia de acogida de urgencia, pasa a convivir con una familia de acogida hasta finales del año 2023 en que es dictada esta medida.

Tan cierto es que los abuelos paternos debieron ostentar el acogimiento de su nieta desde el inicio (o como mínimo a raíz de la filiación paterna -y, por supuesto, sin incurrir en obstáculos-, a inicios de 2019, 1 año desde el desamparo), como igual de cierto que, tras 5 años bajo el cuidado de una familia de acogida, en la que se ha consolidado un referente paterno (padre de acogida que también ha recurrido hasta la última instancia su postura), el retorno a la familia de origen con la que (por responsabilidad exclusiva de la Administración) no se ha trabajado un retorno, sino más bien todo lo contrario; le producirá un impacto psicológico importante.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se decanta por el retorno de la niña con su familia biológica, teniendo en cuenta los argumentos y análisis clínico de la pericial aportada por los abuelos, en la que se enfatiza los efectos psicológicos perjudiciales a medio y largo plazo de una medida que no toma en cuenta las necesidades emocionales y afectivas de los primeros años de vida de la niña.

El interés superior del menor, en España, se regula en el artículo 2 de la LOPM, y entre otras, se destaca la satisfacción de sus necesidades físicas, materiales, emocionales y afectivas, así como la preservación de sus relaciones con la familia de origen, y la prevalencia de que el NNA debe quedar bajo el cuidado de su familia extensa sobre el resto de las medidas. Este principio concuerda con el artículo 9 de la Convención de los derechos del Niño.

La Sentencia reprocha gravemente la actuación de la Administración, recordando las obligaciones positivas de la entidad pública como forma de dar cumplimiento al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para lograr el resultado de la efectiva reintegración de la niña en su familia, como fue establecido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2019, en el asunto Haddad c. España, número 16572/17).

Noticias en prensa relacionadas con el caso:

<https://castellonplaza.com/supremo-ordena-acogimiento-familiar-nina-abuelos-paternos-castello>

<https://cadenaser.com/comunitat-valenciana/2023/12/01/los-abuelos-de-la-nina-tutelada-de-castellon-solicitan-en-el-juzgado-de-familia-la-ejecucion-inmediata-de-la-sentencia-del-supremo-que-ya-ha-cumplido-plazos-radio-castellon/>

https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/supremo-ordena-acogimiento-familiar-permanente-una-nina-con-sus-abuelos-paternos-castellon-20231027_2971242