

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria: Septiembre

EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE ACOGIMIENTO
THE SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD IN THE PLACEMENT PROCESS

Realizado por el alumno/a : Leidy Yoryana Martínez Sevilla

Tutorizado por el Profesor/a D. Diria Luz Morales Casañas

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil



ABSTRACT

The so-called higher interest of the child is presented as an indeterminate legal concept whose lack of determination makes it the legislator who, under a discretionary judgment, makes the decisions. As far as the placement is concerned, the best interests of the minor are exhibited as the basis by which the minor must be produced, it must be ensured that when a minor is declared in distress and placed in the hands of the public administration, the motivation by which decisions must be made must always be the achievement of the best interests of the child. In spite of this, we must not forget that sometimes it is difficult to pretend to legislate when there are no specific premises that define what is intended to be defended. This is the difficult task that the legislator has especially in the issue that is going to be treated, because there are as many cases as decisions can be made and it is a fundamental task that there is a symmetry between the resolution that is adopted and what really child needs.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El denominado interés superior del menor se presenta como un concepto jurídico indeterminado cuya falta de determinación hace que sea el juez el que bajo un juicio propio con carácter discrecional, tome las decisiones. En lo que al acogimiento se refiere el interés superior del menor se exhibe como la base mediante la cual el mismo debe producirse, se debe procurar que cuando un menor es declarado en desamparo y puesto en manos de la Administración Pública, la motivación mediante la que se deben tomar decisiones deberá ser siempre la consecución del interés superior del menor. A pesar de ello, no hay que obviar que en ocasiones resulta complicado pretender legislar cuando no hay unas premisas concretas que definan y delimiten lo que se pretende defender. Esta es la difícil labor que tiene el juez sobre todo en el tema que se va a tratar que es el acogimiento, pues existen tantos casos como decisiones pueden tomarse y es tarea fundamental que haya una simetría entre la resolución que se adopta y lo que realmente necesita el menor.



INDICE

I. Introducción	3
II. Concepto, clases y notas características	4
1. Concepto de acogimiento	4
1.1 Concepto y declaración de desamparo	7
III. Los protagonistas del acogimiento familiar	10
1. Familias de acogida	10
2. Menores acogidos	10
IV. Clases de acogimiento	11
1. Según el CC	11
1.1 Acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo	12
2. Según la forma de su constitución	12
2.1 Acogimiento administrativo y acogimiento judicial	13
3. Según la finalidad y duración	13
3.1 Acogimiento de urgencia diagnóstico y acogimiento simple	13
4. Según la relación del niño con la familia	14
4.1 Acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia ajena	14
V. Breve análisis de los requisitos, derechos y deberes de la familia de acogida	15
VI. El proceso de acogimiento familiar. Fases del acogimiento	18
VII. El cese del acogimiento familiar. Factores asociados a la ruptura	19
VIII. Los derechos de los menores en el acogimiento	21
1. Interés superior del menor	21
1.1 Equiparación normativa del interés superior del menor y los derechos del niño	27
2. Derechos de los menores a ser escuchados	29
3. ¿El juez puede preservar racionalmente el interés superior del menor en el acogimiento?	34
IX. El caso Piedad	36
X. El caso del niño del royo	42
XI. Conclusiones	45
XII. Bibliografía	48



I. Introducción

El presente trabajo pretende analizar los derechos del menor¹ en el proceso de acogimiento y los efectos que sobre los mismos se producen.

La gran mayoría de los niños nacen y tienen la oportunidad de desarrollarse en el seno de una familia². Cuando se habla de familia no se hace referencia únicamente a las figuras típicas materna y paterna, el término familia puede abarcar un sentido mucho más amplio el cual trataremos más adelante.

Lo cierto es que en ocasiones por diversos motivos hay menores que no tienen esa suerte y que circunstancias ajenas a los mismos hacen que tengan que convivir con otras personas, que se harán cargo de ellos por un tiempo determinado. Es en este momento donde entra en juego la figura del acogimiento familiar cuya finalidad es dar estabilidad y seguridad a los infantes que no contasen con ella. El acogimiento posee una larga trayectoria que se ha ido modificando con el tiempo y que ha permitido conseguir el acogimiento que tenemos hoy en día.

Desde un primer momento el acogimiento se extendía a aquellas situaciones en las que los padres biológicos no pudieran hacerse cargo de los menores y contasen con otros familiares con una buena posición económica que si pudieran ofrecerles la atención y los cuidados que los niños requerían. Con el paso del tiempo el acogimiento como lo conocemos hoy en día pasó a ser una medida de amparo para proteger a los

¹ En este trabajo se usará indistintamente la palabra menor, menor de edad, niño, niña o infante para referirnos a personas menores de 18 años.

² El concepto de familia ha evolucionado considerablemente a medida que ha evolucionado la vida. Se produjo un cambio de percepción en cuanto a su determinación y apareamiento, pasando de una visión más predominante, en la cual era el padre quien tenía el rol dominante a una percepción con mayor preferencia materna. Se empezó a considerar que el interés del menor de edad estaba mejor protegido, en sus primeros años, si era la madre quien se hacía cargo de los mismos.



menores que por determinadas circunstancias no podían seguir con sus padres biológicos y otras personas que si tuvieran los medios se encargaran de ellos.

Lo cierto es que muchas veces esa necesidad de estabilidad y seguridad viene aparejada con una colisión con los derechos de los menores de edad, lo que provoca en ocasiones situaciones insostenibles. Es por ello por lo que el valor superior al que hay que ceñirse siempre es al interés superior del menor³. Entendiendo que esto supondrá la separación de su familia y protección fuera del hogar, debido a que en determinadas situaciones continuar en el medio familiar puede resultar contraproducente para el menor.

II. Concepto, clases y notas características.

1. Concepto de acogimiento.

El acogimiento familiar se presenta como una novedad en materia de protección de menores y su utilización se arraiga por completo en una innovación de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción, acogimiento familiar y otras formas de protección⁴ (BOE n.275, de 17.11.87)⁵.

Para poder definir qué es el acogimiento se utiliza de manera inicial dicha ley pues ha servido de apoyo en la redacción de las diversas definiciones que han surgido a lo largo de la historia y que nos han permitido entender en qué se basa esta figura. Se estableció que el acogimiento en un primer momento “*sirve de complemento a la tutela*

³ Se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuyo tratamiento y definición se llevarán a cabo en puntos posteriores en este trabajo.

⁴ Los artículos que se modifican en dicha ley son los siguientes: artículo 9 apartado 4 y 5, artículos 172 a 180 del CC, artículos 160, 161, 164 y 165 del CC, artículos 222, 229, 232, 239 y 321 del CC. Así como el texto de la regla 16 del artículo 63 de la LEC y los artículos 1825 a 1832 de la LEC.

⁵ Ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



y a la guarda y que, normalmente suele ser previo a la adopción con la que presenta en común con el hecho material de ingreso de un menor en el seno de una familia”⁶.

Por otro lado, el artículo 173 del Código Civil define el acogimiento familiar como aquella situación en la que se produce la plena participación del menor en la vida familiar y se impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía alimentarlo, educarlo y procurarle su educación integral. Esta figura vino a sustituir los denominados orfanatos que eran centros de acogida de menores abandonados o sin padres, cuya utilización quedó en segundo plano con la introducción del acogimiento familiar.

Con carácter posterior la Ley 21/1987 fue modificada por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (SP/LEG/2321)⁷ que vino a introducir todas estas novedades referentes al acogimiento de manera más clara. El acogimiento familiar es un instrumento legal de protección del menor desamparado en aquellas situaciones en las cuales sus padres biológicos no puedan hacerse cargo de los mismos, ni dispensarle los cuidados y atenciones necesarias para su desarrollo personal. Dicha figura tiene carácter transitorio⁸, pues la idea por la que se concibe el acogimiento es como un método de protección que asegure la asistencia moral y material de manera adecuada en un tiempo determinado, es decir, hasta que la situación de los padres biológicos sea la idónea para el menor. De tal manera que según CAPARRÓS CIVERA⁹, *“tratará siempre de conseguir una reinserción en su familia biológica, si el interés del menor así lo*

⁶ MORENO QUESADA, L., RUIZ-RICO MORÓN, J., HERRERA CAMPOS, R., *Curso de Derecho Civil I Bis, Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (4ª Edición). p.89

⁷ Introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

⁸ Bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adapte una medida de protección que pueda revestir un carácter más estable y que contribuya a mejorar la situación del acogido.

⁹ CAPARRÓS CIVERA, N., *El acogimiento familiar, aspectos jurídicos y sociales*, Madrid, 2001, p.p 73-74.



aconsejare. teniendo presente en todo momento que, siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor, deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia”.

Con ello, lo que hay que saber es que el acogimiento familiar pretende que no se produzca una ruptura con su familia natural y que la familia que se encargará de recibirlo, actúe conforme a las obligaciones que la ley le establece. Obligaciones referidas a los progenitores que podemos encontrar en el artículo 154 del CC¹⁰.

Por último, no hay que olvidar la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que trae consigo una serie de novedades¹¹ referentes al acogimiento familiar y a cuál es la normativa vigente que se debe aplicar.

Con todo lo anterior no hay que olvidar que la figura del acogimiento no sólo se recoge a nivel nacional o autonómico sino que podemos ver que tiene un carácter universal. Especialmente, la Convención de los derechos del niño, de Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por el Estado Español en 1990 (publicado en el

¹⁰ Artículo 154 CC: *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

¹¹ Las modificaciones más importantes afectan a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional y la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000.



BOE N° 313 de 31 de diciembre de 1990) en su artículo 9¹² viene a ratificar de cierta forma la necesidad de protección que deben tener los niños y el papel que estos desempeñan en la sociedad como sujetos de derecho.

1.1 Concepto y declaración de desamparo

El acogimiento familiar como bien se ha establecido en puntos anteriores se presenta como una medida de protección para todos aquellos jóvenes menores de edad que por su situación lo precisen. A pesar de ello, no es sino cuando se produce la declaración de desamparo hasta el momento en el que todo nuestro sistema jurídico, en materia de protección de los menores, se organiza para garantizarle a ese infante la protección oportuna que cubra sus necesidades básicas. Si atendemos a lo que establece la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores¹³ en referencia al desamparo podemos ver que existe una definición bastante clara que nos permite conocer qué se entiende por desamparo. Se define el desamparo como *“aquella situación que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado*

¹² Artículo 9 de la Convención de los derechos del niño, de Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por el Estado español en 1990: **1.** *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

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

4. *Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.*

¹³ Aprobado el día 17 de febrero 1997 en el BOC N° 23.



*ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la asistencia moral y material*¹⁴. Con todo ello cabe destacar la definición que se estableció en la S.A.P de Pontevedra de 19 de mayo de 2010, la cual establece que “*para que exista la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia; y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de tal asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo que dará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública, que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos*”.

De esta definición se pueden sacar tres tipos de situaciones diferentes por las que un menor debe ser objeto de protección en referencia a la imposibilidad de cuidado de sus progenitores:

- a. Aquellas que se producen por el imposible ejercicio de los deberes de protección.
- b. Aquellas que se producen por el incumplimiento de deberes de protección.
- c. Aquellas que se producen por el inadecuado cumplimiento de los deberes de protección.

En cuanto a la primera de las cuestiones, se encuadran todas aquellas situaciones en las cuales los niños no pueden recibir de sus progenitores todos los cuidados necesarios y se torna como imposible que estos pueden ejercer sus derechos y deberes.

¹⁴ Artículo 46.1 de dicha ley.



Las situaciones típicas con las que podemos encontrarnos son las siguientes: Prisión de los padres, orfandad y enfermedad incapacitante de los padres.

En cuanto al segundo de los supuestos, se hace referencia a aquellas situaciones en las cuales tanto los progenitores como los tutores de los futuros acogidos en su caso, renuncian a ejercer sus deberes de protección. Son aquellas situaciones en las cuales *los niños se encuentran en situación total de desprotección, situaciones en las que no existe reconocimiento del niño ni de la paternidad o maternidad por parte de ningún adulto y situaciones de abandono total del menor en manos de otras personas, con desaparición y desentendimiento completo de su cuidado*¹⁵.

Por último, en cuanto al tercero de los casos, se trata de situaciones donde los menores pueden llegar a sufrir maltrato físico, explotación infantil, abuso sexual o mendicidad. Teniendo en cuenta lo anterior y después de hacer un examen del caso concreto estableciendo que existe desamparo del menor, se pasarán a tomar las medidas protectoras que más se adecuen a la situación familiar y social del niño. Con carácter posterior, lo más común es que el menor sea acogido por una familia de acogida o en un hogar de acogida hasta que la situación de sus progenitores mejore y estos puedan hacerse cargo del menor o hasta que el mismo cumpla la mayoría de edad. Todas aquellas decisiones que se tomen sobre el futuro del menor por parte de los órganos competentes deberán hacerse siempre procurando que prime el interés superior de éste tal y como se establece en la STS 5220/2015 de 2 de diciembre de 2015¹⁶.

¹⁵ SHINÈ PSICOLOGÍA y COACHING, S.L. *Acogimiento familiar y adopción*. Fundación General Universidad de La Laguna, 2017, pp 8-9

¹⁶ A la misma se hará referencia con carácter posterior de manera más detallada cuando se hable del interés superior del menor en el punto VII.



III. Los protagonistas del acogimiento familiar

1. Familias de acogida

Las familias de acogida poseen un papel fundamental en la figura del acogimiento un papel fundamental en la figura del acogimiento, como ya hemos comentado más arriba, de dichas familias depende que el menor pueda llegar a tener una vida normal. Siempre se ha pretendido que las familias biológicas tengan relación directa con el menor, lo que haría que el impacto que sufre el niño sea menos lesivo y genere un menor grado de rechazo. Si bien es cierto que en ocasiones resulta totalmente imposible conseguir dicho cometido porque o el menor no tiene familia o la que posee no puede o quiere hacerse cargo del mismo. Es en este momento en el que entran en juego las familias de acogida en las cuales el menor tiene que empezar de cero a crear un vínculo, puesto que se trata de personas desconocidas que se ofrecen a hacerse cargo de la situación.

Con todo ello, hay que destacar que no puede ser cualquier persona o grupo de ellas familia de acogida ya que se deben cumplir una serie de requisitos y pasar por determinados análisis personales y sociales que les permitan realmente poder acoger a un menor o reconocerlos como aptos.

2. Menores acogidos

Se podría decir que los principales protagonistas del acogimiento son los menores acogidos. No existen datos que nos puedan ayudar a conocer las características personales de los mismos, puesto que las situaciones son tan diversas que habría que ir caso por caso determinando el por qué del acogimiento en cuestión.

Si bien es cierto que a lo largo de los años con la práctica del acogimiento se ha llegado a la conclusión de que no existe discriminación entre niños y niñas a la hora de acoger, Esta idea se potencia con la investigación sobre acogimiento familiar realizada



por Del Valle, López, Montserrat y Bravo (2008)¹⁷. Dicha apreciación lo que viene a decir es que el porcentaje de adopción no es más elevado dependiendo del sexo del menor. Junto con esta afirmación también se ha llegado a la conclusión de que es mucho más probable que el acogimiento se produzca con niños de edades bastante cortas de entre los 3 y los 7 años, aunque si bien es cierto que todo dependerá del caso. Los menores de edades mayores lo tienen más complicado, es una realidad que mientras la edad del menor sea mayor, más difícil será que se adapte a la familia de acogida.

Además de lo anterior, los niños acogidos suelen presentar ciertos problemas personales, alimenticios y sociales cuando son acogidos, por lo que la tarea de los acogedores en ocasiones es decisiva para su desarrollo.

Lo realmente complicado es que la realidad a veces es muy dura para estos niños y posiblemente cuando son acogidos, no lo son por primera vez sino pueden venir de otro acogimiento anterior fallido o de cualquier otra medida de protección.

Resulta importante que la familia de acogida tengan en cuenta esta situación y hagan su labor lo mejor posible para que estos niños puedan volver a tener una vida normal y que vuelta con su familia biológica les resulte lo menos traumática posible.

IV. Clases de acogimiento

En este sentido, existen varias clases de acogimiento familiar que pasaremos a nombrar a continuación.

1. Según el Código Civil

Se encuentran recogidas en el artículo 173 bis del CC y son las siguientes: acogimiento familiar simple, acogimiento familiar permanente y acogimiento preadoptivo.

¹⁷ DEL VALLE, J.F., LÓPEZ, M., MONTSERRAT, C. y BRAVO, A. *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008 (Información recogida en el manual Shinè Psicología y Coaching, S.L. pp. 40-41).



1.1 Acogimiento familiar simple, permanente y preadotivo

El primero es aquel acogimiento que tiene carácter transitorio, que está pendiente de que el menor se inserte en su propia familia, o en su caso se adopte una medida de protección que sea más estable. Se caracteriza por ser de una duración bastante corta, ya sea porque la administración o el propio Juez consideren que debe establecerse un acogimiento de menor duración o porque se tenga la idea de que los niños van a volver al seno de su familia de manera rápida.

Además, según ha establecido DIEZ GARCÍA *“En muchas ocasiones, el acogimiento familiar simple se emplea como medida preparatoria para otras distintas, más definitivas, como son el acogimiento de otro tipo, el retorno de la familia de origen o incluso la emancipación, a la que, aparte de la característica de la temporalidad se añade la de provisionalidad”*¹⁸.

El segundo se caracteriza porque en este caso se entiende que el menor va a permanecer de manera prolongada en acogimiento. El acogimiento familiar es permanente cuando las circunstancias del menor, su edad y familia así lo aconsejaren.

Por último el acogimiento preadotivo supone la inserción del menor en una familia de acogida que previamente ha sido seleccionada por la entidad pública. Se utiliza por tanto en aquellos casos en las cuales ya se ha decidido la adopción como la mejor la mejor medida protectora y el niño es asignado a una familia adecuada para él.

2. Según la forma de su constitución

Según se hubiera formado el acogimiento nos encontramos con el acogimiento administrativo y el acogimiento judicial.

¹⁸ DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, 2004, p.271



2.1 Acogimiento administrativo y acogimiento judicial

En primer lugar nos encontramos con un acogimiento familiar en el que es la administración pública quién constituye el acogimiento y lo notifica a la fiscalía para que quede constancia. El mismo se da cuando todas las partes implicadas están de acuerdo en que se lleve a cabo. Nos encontramos ante un acogimiento en el cual es necesaria la aceptación por parte de los progenitores biológicos, los que vayan realizar la acogida y además los futuros niños acogidos. Lo normal es que exista colaboración por parte de los progenitores. El segundo a diferencia del anterior se da en aquellas situaciones en las cuales alguno de los miembros que forman parte del acogimiento exprese su negativa para que se produzca el mismo. Normalmente son los padres biológicos los que mostrarán su negativa por no estar de acuerdo en que este se produzca. Es por este motivo por el cual si el acogimiento verdaderamente llega a celebrarse se producirá a decisión de un juez que será el encargado de determinar si va a realizarse o no.

3. Según la finalidad y duración

Nos encontramos con el acogimiento de urgencia-diagnóstico y el simple o con previsión de retorno.

3.1 Acogimiento de urgencia-diagnóstico y acogimiento simple

En la primera modalidad se ofrece a los niños atención inmediata por la gravedad de las circunstancias en las que se encuentre el menor y se pretende evitar la institucionalización de los mismos. Durante este acogimiento se decide cuál es el mecanismo de protección que mejor conviene al menor adecuándola al caso concreto. En este tipo de acogimiento se pretende separar de manera urgente a los niños de su familia biológica por lo que se asumen las funciones de acogimiento residencial para darle un hogar aunque sea por tiempo determinado al menor. Lo normal en estos casos es que el acogimiento se lleve a cabo por una familia en cuestión y no por una



institución. La segunda modalidad tiene lugar durante un periodo corto de tiempo, principalmente porque se prevé que el menor vuelva con su familia pronto o la posibilidad de adoptar una medida protectora más estable. Este acogimiento se caracteriza por ser uno de los que más problemas presentan porque el menor experimenta dos rupturas, una con su familia biológica y otra con la familia de acogida una vez que finalice dicho acogimiento. Además de ello es importante destacar aquí que el retorno del menor a su familia biológica después de haber estrechado lazos, se presenta bastante complicado por ello es importante que los progenitores biológicos no se alejen del proceso y mediante el proceso colaborativo con el equipo especializado potencien que el acogimiento produzca menos daños psicológicos para el menor.

4. Según la relación del niño con la familia

Teniendo en cuenta los lazos afectivos del menor con los acogedores, podemos encontrarnos con dos clases de acogimiento: acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia ajena.

4.1 Acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia ajena

El primero es uno de los más utilizados de los que nos ofrece el ordenamiento. Consiste en que el menor pasa a estar con un miembro cercano de su familia, ya sea abuelo, tío o cualquier familiar que pueda hacerse cargo del mismo. Al no separar al niño de su círculo habitual, se tiene en cuenta el interés superior del menor en lo que a efectos del acogimiento se refiere pues no se produce una ruptura total con la familia biológica. A pesar de tratarse de una de las opciones más viables en principio, hay que tener en cuenta diversos factores como puede ser la aceptación y adecuación de aquellos miembros de la familia que vayan a acoger, así como la garantía de que estos cumplen con los medios o recursos necesarios para hacerse cargo de los menores. Es por tanto necesario ofrecerle a los futuros acogedores la formación e información necesaria sobre las características y circunstancias que tendrá el acogimiento.



Por otro lado, el acogimiento en familia ajena se lleva a cabo por personas que no forman parte del núcleo familiar del menor. Se da en aquellos casos en los que sea imposible llevar a cabo el acogimiento en familia extensa debido a que ninguno de sus familiares pudieran hacerse cargo del menor o cuando pudiendo hacerse cargo de los mismos no cumpliesen con los requisitos exigidos por el equipo especializado¹⁹. Este acogimiento no es incompatible con el mantenimiento de relaciones familiares con su familia biológica ya que el acogimiento en familia ajena puede ser una medida temporal hasta que se produzca la devolución del menor a su familia de origen o tratarse de una medida protectora permanente.

V. Breve análisis de los requisitos, derechos y deberes de la familia de acogida

Al hacer mención de los requisitos para ser familia de acogida es inevitable recalcar el cumplimiento por parte de los futuros acogedores de las exigencias necesarias para desempeñar dicha función y que deberá analizar un equipo especializado en materia de infancia y familia. Los mismos entienden que es requisito indispensable que los candidatos posean las actitudes correctas ante el acogimiento y que no presenten ningún tipo de factor de riesgo que ponga en peligro el proceso, pues de lo que se trata es de asegurarle al menor el mayor bienestar posible. Es por ello que se trata de evaluar las debilidades emocionales, la relación de pareja, la capacidad de adaptación, el que la familia de acogida ya posea otros hijos, el nivel educativo, la salud mental y física, el lugar en el que viven, la capacidad económica para hacer frente al acogimiento o el contexto familiar. Si la futura familia de acogida tras el estudio socio-familiar que se realiza por el equipo especializado no presenta ningún tipo de obstáculo en alguno de

¹⁹ Se trata de equipos especializados en materia de infancia y familia que conocen cuál es el proceso que debe seguirse además de la importancia que se desprende de cada fase para que el acogimiento se realice con garantías.



los conceptos comentados más arriba, podría entenderse que es idónea para dicho cometido, pero la misma tendrá una serie de derechos y de deberes²⁰ que deberá cumplir.

Centrándonos primeramente en los derechos de la familia de acogida, nos encontramos con los siguientes:

1. Derecho a la información y la documentación, en el cual los acogedores podrán recibir información acerca del acogimiento, la cual deberá ser siempre lo más clara y coherente posible. Es preferible que dicha documentación se de por escrito y que sea adecuada y actualizada, para que así haya un mejor entendimiento para los acogedores. Además también podrán recibir información sobre cómo tratar determinados temas con el menor, la mejor manera de desenvolverse con el menor acogido o cualquier dato que se estime relevante para mejorar el proceso de acogida, tanto al principio como a lo largo del desarrollo del acogimiento, que les puedan facilitar su cometido en la guarda del menor.

2. Derecho a recibir formación, este derecho engloba la obligación por parte de los organismos públicos encargados de acogimiento en cuestión, de formar de manera obligatoria a las personas que se ofrezcan a acoger. Esta formación ayudará a obtener una mejor preparación y potenciará la capacitación de los acogedores.

3. Derecho a ser oídos, los acogedores podrán ser escuchados por la entidad pública de protección y su opinión será tenida en cuenta para valorar el desarrollo de la evolución que vaya teniendo el menor acogido. Este derecho permite a los acogedores ser oídos incluso en aquellas situaciones en las que se vayan a tomar decisiones importantes con respecto al menor, para ello pueden incluso solicitar espacios de diálogo.

4. Derecho al auxilio de la Entidad pública, el mismo trata de que los acogedores se verán respaldados por la entidad pública de protección de los menores, en

²⁰ Los mismos se recogen en el artículo 20 bis de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Se nombrarán los de carácter más relevante.



aquellas situaciones que así sea conveniente. Sobre todo si se trata de menores problemáticos o si se produjera una situación de especial relevancia para ambos.

Por lo que respecta a los deberes, el catálogo de los mismos es bastante extenso, todo ello porque una vez que las familias de acogida deciden dar el paso de acoger, el interés superior del menor hace que dichas familias deban buscar el bienestar del menor acogido y que el menor se integre completamente en sus vidas. Esto genera una serie de obligaciones que ayudan que el infante tenga una vida más saludable en todos los sentidos. Dentro de dichos deberes nos encontramos con los siguientes:

1. Cuidar y educar al niño, las familias de acogida tienen la tarea de proporcionarle al menor una educación y un cuidado que consiga satisfacer dichas necesidades. La manera en que este cometido deberá realizarse en ocasiones puede generar problemas si los padres de acogida no conocen las pautas y la delicadeza con la que deben tratarse ciertos temas y como educar de la mejor manera al menor. Cabe destacar que en lo que se refiere a la educación, los progenitores de acogida tienen que conocer las pautas educativas básicas y cuales resultarían inadecuadas para el acogido.

2. Deber de gestionar de manera correcta el contacto con la familia biológica. Cómo bien se ha señalado anteriormente el acogimiento no genera la ruptura definitiva con el vínculo familiar biológico por lo que los acogedores deben tratar este tema con especial atención. Los acogedores deben gestionar las visitas que el menor tenga con su familia biológica y siempre ceñirse a lo que se hubiera pactado. Si bien es cierto que estas visitas o comunicaciones pueden generar ciertos conflictos con el menor, la tarea de la familia de acogida será facilitar estos contactos de manera positiva.

3. Deber de asumir la temporalidad del acogimiento y la futura despedida. Este deber hace referencia a que los padres de acogida una vez deciden serlo, desde el primer momento deben hacerse a la idea de que el menor en cuanto pueda volver con su familia biológica lo hará. Por tanto, los acogedores tienen la obligación de intentar no dificultar la vuelta del menor con su familia biológica y por ende asegurar que la despedida se



lleve a cabo de manera adecuada y que la misma no suponga una dificultad para el menor.

4. Deber de ayudar al menor a comunicarse y relacionarse con su entorno. En este punto se hace referencia a que en el acogimiento como regla general se cuenta con servicios de apoyo para las familias acogedoras, pero que las mismas deben procurar que el menor se relacione con sus iguales y fortalecer todas aquellas relaciones que puedan crear una buena autoestima del niño.

Por último, existe el deber de respeto de los antecedentes personales y de la familia biológica. Este deber fundamentalmente lo que viene a decir es que con carácter general los menores que son acogidos vienen de familias con problemas económicos y sociales, por lo que los acogedores deben respetar y no caer en prejuicios de valoración negativa acerca las familias de los menores.

VI. El proceso del acogimiento familiar. Fases del acogimiento

Una vez que se ha determinado cuáles son los protagonistas del acogimiento es importante llevar a cabo la ejecución de dicha medida. sobre todo si se trata de un acogimiento administrativo. Para ello resulta crucial que exista una buena comunicación y colaboración entre las familias tanto de acogida como biológicas y que las mismas a su vez colaboren con los profesionales encargados del acogimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que se produzca el acogimiento se deben realizar de manera previa una serie de actuaciones que faciliten la tarea de elección de la familia a la que ese menor que se ha quedado desamparado acudirá.

Existen cuatro procesos o fases mediante las cuales el acogimiento va a tener lugar: Captación, valoración, adaptación y seguimiento.

Captación: Se trata de una campaña en la cual lo que se pretende es potenciar la figura del acogedor en la sociedad e incentivar cierta bondad en las personas que aún no se han animado a ofrecerse como tal. Lo cierto es que hay casos en los cuales las familia



quieren acoger pero sus circunstancias no se lo permiten ya que seguimos inmersos en una situación socioeconómica complicada.

Valoración: Cuando ya se ha conseguido a una familia que puede reunir los requisitos necesarios para acoger, a la misma se les hará una serie de pruebas y entrevistas que corroboren su idoneidad para ser familias acogedores. Entre dichas pruebas lo que se va a valorar de manera más elevada es la capacidad de dichas personas en todos los ámbitos, es decir su capacidad de reacción ante las adversidades, su situación económica y también sus relaciones personales.

Adaptación: Una vez que se ha elegido a la familia encargada de realizar el acogimiento llega el proceso de adaptación, en el cual el menor pasará a convivir con su nueva familia. Este proceso se puede complicar si la familia de acogida no lo gestiona de la manera correcta. Es sabido que los menores cuando pasan a formar parte de una nueva familia les resulte complicado y que añoren lo conocido, por ende a su familia biológica. En este momento en el que entra en juego la capacidad de los acogedores de saber mantener la comunicación de los menores con sus familias biológica y de conseguir que el menor se adapte de una manera adecuada a su nuevo entorno.

Seguimiento: La última de las fases es el seguimiento, en el cual una vez que el menor ya se ha acoplado e integrado en la familia de acogida, se deberá ofrecer un apoyo continuado tanto a los acogedores como a los acogidos para asegurar que continúe el proceso con un buen desarrollo. Los profesionales especializados en materia de acogimiento que se encarguen del caso deberán visitar a las familias con frecuencia y además brindarles todo el apoyo que estimen necesario.

VII. El cese del acogimiento familiar. Factores asociados a la ruptura.

No resulta extraño pensar que el acogimiento en determinadas ocasiones no funcione correctamente y por tanto se produzca el cese y por ende la ruptura del vínculo del menor con la familia de acogida. Hay diversos factores que inciden en dicha relación



de manera más significativa y que hacen que las relaciones entre los mismos tengan más posibilidades de romperse una vez ha tenido lugar el acogimiento.

Los factores que pueden desencadenar la ruptura pueden ser muy diversos, si bien es cierto que hay determinados factores que se presentan de manera más constante en las relaciones entre los menores acogidos y sus familias acogedoras. Entre los mismos destacaremos los más relevantes que son los siguientes:

La edad. La edad se presenta como un factor decisivo puesto que para todos los menores el hecho de entrar en una familia diferente a la suya puede generar cierto rechazo, sobre todo si se trata de un adolescente. Lo que se quiere decir con ello es que es mucho más fácil para un menor adaptarse a su nueva familia cuando es un niño pequeño que cuando ya adquiere cierta madurez, lo que provoca que cuando se produzca el cese le cueste menos “desencariñarse” de la que fue su familia durante el proceso.

Conflicto de lealtades. Durante el acogimiento el menor continuamente recibirá directrices tanto de su familia biológica como de su familia de acogida, además de todos aquellos profesionales o educadores que formen parte del procedimiento de acogida. Esta situación lo que provoca es que el menor muchas veces no sepa hacia que dirección ir en cuanto a lo que está bien y lo que no, es decir no sepa a quien prestar atención. Esto generará conflictos que posiblemente aumenten la probabilidad de ruptura.

Problemas de conducta del menor. En muchas ocasiones el menor llega a las familias con problemas de comportamiento, de conducta, malos hábitos, etc que dificultan el trato con el mismo y que también serán un factor decisivo para que una vez se produzca el cese del acogimiento no haya una relación posterior con sus acogedores.

Devolución del menor a sus progenitores biológicos. Dentro de los factores asociados a la ruptura, la devolución de los niños con sus familias biológicas se presenta como uno de los agentes que en mayor medida provocan la rotura del vínculo entre acogedor y acogido. Una vez que el juez toma la decisión de privar a la familia de acogida del infante para ser devuelto con sus progenitores biológicos, si no existe



un enlace lo suficientemente fuerte ya sea por el tiempo de duración del acogimiento o por el apego del menor con sus acogedores²¹, posiblemente se produzca un alejamiento entre los sujetos del acogimiento.

VIII. Los derechos de los menores en el acogimiento.

1. Interés superior del menor

Se trata de un concepto jurídico indeterminado y se plantea su protección como la base y motor de todo acogimiento. Este derecho que tiene todo menor y que garantiza su protección en todo el proceso de acogida, provoca que en distintas ocasiones se produzca la vuelta con su familia biológica o no, como veremos en las siguientes sentencias:

Primeramente, en relación al interés de menor, podemos destacar la STS 5530/2016 de 12 de diciembre de 2016 donde se hace mención a un caso en la cual se produce un pacto entre una madre y una persona ajena a su entorno que estaba interesada en acoger, cuyo cometido era quedarse con la futura hija de esta una vez la misma naciera. Dicho pacto consistía en que la madre de la menor debía entregársela al sujeto desconocido para que el mismo se hiciera cargo de esa niña.

El caso comienza con la declaración de desamparo de la menor cuyo nombre era Soledad, pues se consideró en un primer momento que la madre a causa de la situación económica y personal que atravesaba no era apta para hacerse cargo de su hija y que concurría abandono voluntario por parte de la misma. Con carácter posterior se presenta la solicitud por parte del Sr Adolfo²² para tramitar la constitución del acogimiento simple, cuya paternidad había sido excluida pues se había sometido a pruebas que

²¹ En el caso Piedad que comentaremos más adelante este es un factor muy influyente. La niña Piedad tuvo un apego evidente con su familia de acogida, lo que supuso que la ruptura con la misma fuera fácil, tanto para ella como para los propios acogedores.

²² Se trataba de la persona que se iba a encargar de hacerse cargo de la menor una vez la misma naciera, con la que se llevó a cabo el pacto en un primer momento.



descartasen que fuese el padre de la menor. A lo que hace mención aquí la jurisprudencia es a si se puede declarar en desamparo inmediatamente a ese nasciturus²³, por el mero hecho de que su madre no quiera hacerse cargo del mismo.

En respuesta a esta cuestión la jurisprudencia ha determinado que siempre se debe velar por el interés superior del menor pero que se debe tener en cuenta las circunstancias de los padres biológicos antes de llevarse a cabo cualquier medida que conlleve el acogimiento. Por tanto la jurisprudencia defiende esta cuestión estableciendo que *“Si traemos a colación la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia parcialmente transcrita podemos concluir sin género de dudas que existió una situación de dejación en cuanto al cumplimiento de las obligaciones por parte de la madre pero también que no concurría el segundo de los requisitos, que la niña estuviera desatendida material o moralmente por más que ello lo fuera por proporcionárselo el recurrente como guardador de hecho. »En consecuencia no estaba justificado, con solo los hechos que la sentencia da por probados que la declaración de desamparo fuese la única solución aceptable para proteger el interés superior de la menor por lo que procede la estimación del recurso y ello sin perjuicio de que por parte de la Consejería se mantenga el control y supervisión, e incluso si procede actúe en interés de la menor»*.

Queda claro por tanto que es primordial tener en cuenta el interés del menor en todo el proceso y que la administración encargada en cada situación de llevar a cabo el seguimiento de un menor que sea o vaya a ser declarado en desamparo, deberá hacerlo con la mayor diligencia posible. Todo ello porque lo que está en juego realmente es adecuar todas sus actuaciones para que los derechos del menor se vean lo menos mermados posible con el futuro acogimiento. Por tanto hablaríamos en primer lugar de un derecho de protección al menor en todo el procedimiento de acogida.

La jurisprudencia en este sentido recoge innumerables resoluciones en defensa de esta cuestión puesto que tal y como se establece en la nueva redacción del art. 2 de la

²³ Pues se produjo el pacto sin haber nacido la menor.



LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (SP/LEG/2321); “1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”. Por tanto, si alguna disposición jurídica admitiese más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga en mayor medida al interés del menor.

Centrándonos en esta cuestión cabría destacar el ATS 4280/2017 de 20 de febrero de 2017 que pone de manifiesto lo siguiente : “*La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, confirma la dictada en primera instancia que desestima la demanda de oposición a la resolución administrativa interpuesta por los progenitores del menor. En definitiva considera acorde con el interés del menor la declaración de desamparo, después de realizada una nueva valoración de los hechos; destacando la aptitud del recurrente de permanente rechazo a la intervención de la administración protectora del menor, el cual ni quiso asumir un plan de capacitación parental y de mejora de las relaciones de pareja, propuesto, ni posteriormente ha colaborado en absoluto en la protección del menor, como resulta del expediente y testimonios de los técnicos intervinientes, destacando que se ha limitado a reclamar la reintegración del menor sin más, con evidencia de la nula conciencia de los déficits de los progenitores para abordar la educación del menor (...), expuesto a momentos de violencia y en desprotección. Por último considera que dicha situación no ha revertido, hasta el punto de ser más beneficioso para el menor su retorno con su familia biológica, y considera que el menor, de cuatro años y medio, desde la asunción de la tutela administrativa, se encuentra perfectamente atendido, desarrollándose adecuadamente en todos los aspectos y en un entorno seguro; considera que las pruebas acreditan que*



una reintegración del menor con sus padres no sería más beneficiosa, (...); y añade en relación con el recurso de D. Julio , con apoyo en el informe de la psicóloga designada judicialmente, que subsisten las carencias en su día detectadas, no encontrándose en condiciones de asegurar al menor un marco de convivencia seguro y estable que permita su desarrollo integral. Concluye, en definitiva, que el interés del menor no queda suficientemente garantizado con el retorno del menor a la guarda de uno u otro progenitor- pues viven separados- no resultando por tanto posible, en atención a las circunstancias expuestas.”

Haciendo referencia a lo anterior, podemos ver que la doctrina no hace sino venir a corroborar los valores que se desprenden de cualquiera de las leyes de protección al menor. Dichos valores se engloban dentro de una serie de principios rectores que son la supremacía del interés del menor y el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

Sin embargo, en algunos casos el interés superior del menor y su mantenimiento en el medio familiar puede suponer una contradicción para las Administraciones Públicas. Por tanto puede ocurrir que un menor quede privado de la necesaria asistencia moral y material y las Administraciones Públicas se vean en la obligación de interceder en esta situación buscando la solución que más se adecue al caso concreto. Por ello, estas soluciones pueden traducirse en la separación del menor de su familia de origen y la integración de algún recurso por parte de las Administraciones Públicas que ofrezca a dicho menor seguridad y protección. Lo cierto es que tanto en la jurisprudencia como en todos los manuales en los que se hace referencia al interés superior del menor, no se ha encontrado una definición totalmente acertada que permita establecer unas premisas que se apliquen en todo caso.

Tanto es así que tal y como se desprende de la STS 5220/2015 de 2 de diciembre de 2015, el interés superior del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado cuyo concepto se deberá adaptar al caso del que se está tratando. Con



ello, la misma viene a decir lo siguiente: *“En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.*

Con independencia de su conceptualización doctrinal, como concepto jurídico indeterminado entendiéndose como *“aquellos conceptos que deja voluntariamente indefinidos el legislador en orden a la consecución de la correspondiente adaptabilidad de la norma, que de otro modo entendería impracticable”*²⁴, ha de encontrar su concreción en la aplicación que del mismo hacen los operadores jurídicos. A pesar de ello, se considera la indeterminación como una ventaja para brindar soluciones a la multiplicidad de casos que nos podemos encontrar. Lo que no quiere decir que no se haya intentado evitar el abuso en la interpretación de dicho concepto para eludir de cierta forma la discrecionalidad de manera abusiva.

Se entiende que la discrecionalidad es *“la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”*²⁵, pues las autoridades competentes de resolver un caso tienen un margen de apreciación al interpretar un concepto jurídico indeterminado como lo es el

²⁴ ARA PINILLA, I., *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XXI, Universidad de La Laguna, enero 2004, p.112.

²⁵ MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p.41



interés superior del menor. De lo que se trata es de evitar que en el momento de tomar decisiones los jueces impongan sus opiniones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento de manera arbitraria. Con ello, de lo que se ha tratado es de disminuir la discrecionalidad abusiva dándole una mayor relevancia a la forma en la que los jueces justifican las decisiones y por tanto atender a la argumentación que los mismos utilizan.

En relación a lo anterior, cabe citar el trabajo llevado a cabo en España por la catedrática Susana Navas Navarro, que entendía que existe una “visión adulto- paternalista”²⁶ del interés del menor, entiende que hay una “*perspectiva que adopta tanto el legislador como la mayor parte de la doctrina española, que ha analizado cuestiones relacionados con los menores, es la perspectiva del adulto (padre, tutor, abuelo, allegados, juez, autoridad administrativa, cónyuge o pareja del progenitor...), no la perspectiva del menor*”²⁷. Existe por tanto una protección que preside el derecho de los menores y que se encarga más de resaltar la idea de protección que la del ejercicio de los derechos fundamentales²⁸ por parte del menor de edad. Realmente lo que se consigue con esto es debilitar al menor como sujeto de derechos sin darle la oportunidad de desarrollar los mismos a medida que se produce su crecimiento. Esta cuestión podría entenderse como una de las premisas a tener en cuenta en el momento de valorar la discrecionalidad en la toma de decisiones de los jueces.

²⁶ Y que se ve más adelante en el caso de Piedad

²⁷ NAVAS NAVARRO, S., *Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia*, publicado en el libro *Nuevo derecho de la Persona y de la Familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Reyes Barrameda Orellana, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 618 y ss.

²⁸ Como puede ser el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la información o el derecho a ser oído y escuchado, derechos que se encuentran recogidos en los artículos 4, 5 y 9 respectivamente de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de La ley de Enjuiciamiento civil.



1.1 Equiparación normativa del interés superior del menor y los derechos del niño.

Cuando se habla de la equiparación normativa del interés superior con los derechos del niño se hace referencia a cuál es la finalidad real que poseen las normas al ser aplicadas a los menores y en que medida su aplicación les afecta. Existen diversos autores que opinan que la persona encargada de decidir en cualquier caso va a tener que ajustar su decisión a satisfacer dicho interés. Por tanto, el interés superior del menor no se estaría tratando como un concepto vacío que proviene de un concepto jurídico indeterminado sino que consiste en asegurar la efectividad de unos derechos en unas personas²⁹.

En la doctrina se pueden encontrar varias propuestas dirigidas a establecer diferentes criterios de valoración del interés superior del menor, pues el legislador se ha esforzado en proteger este derecho en la mayoría de las decisiones que toma.

A pesar de ello, no se puede negar que el interés superior del menor ha sido analizado y criticado para poder desgranar la vaguedad que presenta el concepto y lo intrincado que resulta proteger y conseguir esa “superioridad” en todo caso. Es decir, el interés del menor se puede evaluar en dos perspectivas, cuando están al mismo nivel que el de otras personas, por tanto se encuentra dentro de un balance o equilibrio o cuando los mismos están en una clara posición de inferioridad.

Este tratamiento, en el sentido de que no se puede hablar de superioridad de los intereses del menor, sino a equilibrio e incluso inferioridad, contrasta con las reglas que proclaman la prevalencia de los intereses de los niños frente a los derechos de los demás, como sucede en la jurisprudencia española que reconoce que existen otros

²⁹ Se hace alusión a esta cuestión en el libro de MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de protección de Menores español*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.88.



intereses en juego como pueden ser los de sus progenitores biológicos o los de acogida, no desdeñables, pero que deben ceder ante los intereses del niño³⁰.

Como se ha dejado claro no es posible encontrar una definición concreta y de carácter general del interés superior que pueda ser utilizada para todos los casos, al considerar que no es razonable, ni posible, porque resultaría imprecisa e incompleta.

La autora Navas Navarro³¹ ha esgrimido todos sus esfuerzos para poder establecer una definición lo más acertada posible del interés superior del menor. Considera que el interés del menor es una garantía que actúa imponiendo una obligación a quien deba tomar una decisión de que la misma debe ajustarse para “garantizar” ese bienestar.

En la obra “La Protección Jurídica del Menor”, la autora María Linacero De La Fuente³² parte de la idea de que el interés del menor únicamente puede ser perfilado por la casuística y propone algunos elementos para la consideración del mismo. En lo que se refiere a dichos elementos, Linacero de la Fuente considera que el interés del menor solamente puede establecerse «poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño». A partir de ello afirma que esta noción se «materializa» tomando como guía los derechos fundamentales (del Derecho Internacional). Considera que existen “tres límites” para que la discrecionalidad no se convierta en solución arbitraria: 1) racionalidad en la apreciación de los hechos; 2) evitar que se cause perjuicio al bienestar espiritual y material del menor y 3) protección de los derechos del niño contenidos en la legislación nacional e internacional.

³⁰ Prevalencia que no tendrá lugar en los casos que serán objeto de este trabajo con carácter posterior como son el caso de Piedad y el caso del niño del Royo.

³¹ NAVAS NAVARRO S., *El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada*. CABANILLAS SANCHEZ A, (coord.) *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez -Picaso*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 693-694

³² LINACERO DE LA FUENTE, M., *La protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pp.60-61



En definitiva, todas estas cuestiones realmente no pretenden encontrar un concepto global que sirva para definir lo que es interés superior del menor, sino lo que busca realmente son diferentes puntos de vista que ayudan a buscar soluciones. A pesar de ello no se puede negar que resulta altamente complicado pretender solucionar una cuestión que es “igual” en todos los casos.

2. Derechos de los menores a ser escuchados.

El derecho de los menores y los adolescentes a ser escuchados es un principio que se encuentra recogido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989³³.

Dicho artículo lo que viene a garantizar en su párrafo primero es que se les permita a los niños la posibilidad de crear un juicio propio y expresar su opinión libremente.

El párrafo segundo lo que viene a establecer es el derecho que se le otorga a los menores a ser escuchados en todos aquellos procedimientos en los cuales estén afectos. Mucho más profundo es el análisis que se lleva a cabo por parte del Comité de los derechos del niño en su Observación General No. 12 sobre el derecho del niño a ser

³³ La Asamblea General es uno de los órganos principales de las Naciones Unidas, el único en el que todos los Estados Miembros están representados, cada uno con un voto. En este foro se debaten cuestiones de interés mundial, como el desarrollo sostenible, la paz y la seguridad, el cambio climático o la igualdad de género.



escuchado³⁴, donde se desgrana con mayor plenitud en qué consiste el derecho de los menores a ser escuchados.

Primeramente haciendo un análisis sobre el texto literal del artículo, cuando se establece que “*los estados parte deben garantizar el derecho de los menores de expresar su opinión libremente*” lo que se quiere decir es que tienen la obligación de llevar a cabo todos los mecanismos que sean necesarios para conseguir que se respete dicho derecho. Esta cuestión no viene sino a recalcar la importancia de no solo permitirle al menor ser escuchado sino que su opinión se tenga en cuenta verdaderamente.

A colación de lo anterior, cuando se hace referencia a la palabra “libremente” se entiende que el menor debe expresar sus opiniones sin recibir ningún tipo de presión y sabiendo en todo momento que goza de ese derecho pero que no está obligado a utilizarlo sino en aquellas situaciones en las que él mismo lo solicite. Con ello, cabe destacar que el menor no puede ser manipulado para que emita un juicio de valor sobre una cuestión y que por tanto su opinión debe ser propia y no la de otros.

Como segunda cuestión, este derecho no sólo se respeta permitiendo “dar oídos” al menor, sino que sus opiniones deben ser tenidas verdaderamente en cuenta haciendo una valoración en función de la madurez³⁵ y por ende de la edad del niño. Si bien es cierto que la edad no es siempre un factor determinante de la “sabiduría” o capacidad de

³⁴ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

"1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

³⁵ En España según el artículo 173.2 del CC se entiende que la edad en la cual los mismos pueden ser escuchados es cuando sean mayores de 12 años o habiendo comprobado que el menor tenga la madurez suficiente para opinar sobre el caso, aun cuando no hubiera cumplido los 12 años.



entendimiento de un menor, pero se torna como un elemento esencial que facilita la determinación de su capacidad cognitiva del caso.

Como última cuestión, los niños pueden expresar sus opiniones por lo que debe ser el Estado el encargado de evaluar la capacidad que tiene el menor de poder emitir una opinión sobre el asunto que se está tratando. El menor no debe conocer de manera exhaustiva todos los datos del supuesto en cuestión, sino que simplemente debe tener una comprensión suficiente del asunto.

Con respecto a la legislación nacional, el derecho de los menores a ser escuchados en los procesos de acogimiento, se encuentra en el artículo 770.1 Regla 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁶ que establece que si el procedimiento fuera contencioso, se podrá oír a los hijos menores o incapacitados si tuvieren suficiente juicio, o en todo caso a los mayores de 12 años. En este sentido además, el artículo 92.6³⁷ del CC también hace mención al deber que tiene el juez de adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación del menor así como el derecho a que el mismo tenga audiencia y por tanto cumplir con su derecho de ser oído.

³⁶ Artículo 770.1 Regla 4.ª: “Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

³⁷ Artículo 92.6 del Código Civil: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”



En materia de acogimiento en este sentido tendría cabida el artículo 173.2 del CC ya mencionado con anterioridad en párrafos anteriores que viene a corroborar que el consentimiento para que se produzca el acogimiento lo deben prestar tanto los acogedores como los menores mayores de 12 años³⁸. Respecto al consentimiento del menor, si el mismo tuviera dicha edad será determinante, pues sin él, el acogimiento no podrá formalizarse ni judicial ni extrajudicialmente³⁹. La práctica actual de la audición del menor está encaminada a evitar el automatismo de la regulación con la que se contaba con anterioridad⁴⁰ y se le impone al juez el deber de velar porque se cumple y se garantice el derecho de los menores a ser oídos cuando se vaya a adoptar alguna medida que les afecte. Dicha audición no tiene un carácter obligatorio pues solo se llevará a cabo necesariamente cuando el Juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor invoque o acredite dicha necesidad.

Por último, el derecho de los menores a ser escuchados también lo encontramos en el artículo 9 de 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.

Sin abandonar esta cuestión, se podría destacar la STC 163/2009 del 29 de junio de 2009 donde se plasma mejor esta premisa al apreciar que se debió escuchar a la menor, la misma establece que *“En este sentido el fundamento jurídico 5 de la STC 221/2002, de 25 de noviembre, declara que "al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de*

³⁸ O aquellos que siendo menores de 12 años presentaran una madurez suficiente para poder opinar.

³⁹ HIJAS FERNÁNDEZ, E., *Tutela guarda y acogimiento en la Ley 21/1987*. Aspectos sustantivos y Procesales, Actualidad Civil, 1995, p.50.

⁴⁰ Se hace referencia a las disposiciones recogidas en el Código Civil antes de la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria.



protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE⁴¹". Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005, de 2 de junio, FJ 3, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5, que se refiere asimismo al art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000."

Hay que considerar que tanto el Estado como los organismos correspondientes deben velar precisamente por la consecución de que los menores puedan comprender que es lo que ocurre en procesos de divorcio y que puedan manifestar su opinión al respecto. No es novedad que situaciones de separación, nulidad y divorcio la guardia y custodia de los menores en los casos de acogimiento y adopción se torna como un tema bastante controvertido por lo que es el juez el que debe encargarse de establecer que es lo mejor para el niño o la niña. Todo ello teniendo en cuenta cuál es la relación del menor con cada uno de sus progenitores y su situación familiar, la distancia entre los domicilios de ambos y sobre todo la voluntad del hijo cuando éste proclame un juicio de valor sobre lo que quiere.

Por tanto, como se menciona en la sentencia citada más arriba⁴² el derecho del menor a ser escuchado es un derecho de obligado cumplimiento ya que se debe oír a los menores que tengan un suficiente juicio antes de tomar cualquier decisión que les afecte.

⁴¹ En este precepto se recoge el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que está reconocido en la Constitución Española con un rango de Derecho Fundamental.

⁴² STC 163/2009 del 29 de junio de 2009



La doctrina del Tribunal Constitucional se ha encargado de recalcar la importancia del derecho de audiencia de los menores, estableciendo como nulas todas aquellas resoluciones adoptadas sin haber practicado la previa exploración de la opinión de los menores cuando hubieran cumplido la edad de 12 años o antes.

3.¿El juez puede preservar racionalmente el interés del menor en el acogimiento?

El tratamiento jurídico que se le da al interés del menor puede demostrar que los jueces cuando se encargan de aplicar una norma que atañe a dicho interés, lo hacen llevando a cabo cierta discrecionalidad, pues al tratarse de un concepto jurídico indeterminado el margen que poseen los mismos es mucho más amplio. Todo ello les permite tener la facultad de decidir libremente sobre determinados aspectos que atañan a los niños que no se encuentren legislados.

Lo que se viene a establecer es que la asunción por parte de jueces y magistrados de lo intrincado que puede ser muchas veces tomar una decisión manejando un concepto jurídico indeterminado como es el interés del menor, sobre todo por su vaguedad y la imposibilidad de definirlo, potencia que los jueces en la toma de decisiones se dejen llevar más por las circunstancias del caso que por la indeterminación normativa del concepto.

Es importante destacar que tal y cómo sostienen diversos autores, son tan variadas las circunstancias que rodean a los menores que la persona encargada de determinar la resolución que se le aplica debe tener una dotación⁴³ casi magnífica. Todo ello porque es prácticamente imposible determinar qué les va a pasar a los menores en acontecimientos futuros.

Preservar de manera racional el interés del menor se puede tornar complicado puesto que más allá de ser un principio o una directriz, su principal condición es que se

⁴³ En el sentido de que el juez debería ser prácticamente un chamán capaz de adivinar en todo momento que le pasará al menor en el futuro si se adoptara la decisión que se hubiera determinado en el caso.



trata de un concepto jurídico indeterminado y como tal será caso por caso donde se podrá examinar la forma en la que el mismo se aplica. Por tanto, se traslada la atención al momento de la aplicación del principio del interés superior del menor pues en la aplicación de un caso concreto donde mayor grado de seguridad se podría conseguir siempre que se responda a exigencias de motivación y que las decisiones que se tomen se hagan poniendo por encima de cualquier otro derecho, el interés superior del menor.

Esta cuestión está recogida además en la Observación General nº14 (2013) del Comité de los derechos del niño sobre el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial, pues se exige en el mismo que se respete y se proteja el interés superior del menor en todas aquellas disposiciones judiciales y administrativas que le afecten.

En algunos casos se potencia lo que se podría denominar una justicia más particularizado y modulada, considerando estas características como elementos positivos en la aplicación de la justicia en materia de menores.

Cuando los jueces toman decisiones tienen la capacidad de hacerlo utilizando de manera discrecional los preceptos jurídicos en materia de acogimiento, lo que conllevaría a una indeterminación de los derechos de los menores, recordemos que la utilización de los preceptos cambian en función del caso. Esta apreciación no hace sino venir a reforzar el pensamiento de que se pueda llegar a confundir la discrecionalidad y se pretenda legislar en base a apreciaciones estrictamente personales, preferencias o prejuicios.

A la conclusión a la que se pretende llegar es a que el juez tiene la posibilidad de tomar decisiones de una manera “abierta” pues al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, como bien se ha comentado en párrafos anteriores, sus decisiones responden a la motivación de protección del interés superior del menor. Lo que no quiere decir que en ocasiones de manera no intencionada el juez tome una decisión



errónea⁴⁴ que afecte directamente al futuro del menor y que ponga de manifiesto esa necesidad latente de crear ciertos parámetros jurídicos que sirvan de apoyo en determinados casos de acogimiento de especial complejidad.

IX. El caso piedad.

No se podría hablar de acogimiento sin mencionar este controvertido caso que causó mucha expectación en la Sociedad Canaria y que puso en duda en diversas ocasiones la capacidad de los organismos públicos de conseguir el interés superior del menor. Este caso ha sido una lucha constante entre dos madres, la madre biológica y la de acogida, por conseguir la custodia de la menor.

Este supuesto se remonta a cuando la pequeña Piedad⁴⁵ tenía siete meses de edad y aún estaba junto a su madre biológica, la cual inició una protesta delante del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria solicitando una vivienda, lo que provocó que se declarase en desamparo a Piedad.

La niña ingresó en un centro de acogida durante un mes y posteriormente fue trasladada a otro centro por tres años más. Poco después, cuando la menor ya tiene tres años y medio de edad se inicia el acogimiento de la misma en una familia en el municipio de La Orotava.

Según los informes psicológicos que se llevaron a cabo durante este caso la niña Piedad estaba integrada con sus padres y hermanos, iba al colegio y se sentía parte por primera vez de un entorno conocido, pues cuando Piedad llegó a su casa de acogida era una niña frágil que no sabía ni siquiera masticar, siempre tenía miedo y sufría ataques de ansiedad provocados por los duros años que pasó en centros de acogida.

⁴⁴ Ordenar la vuelta al menor con su familia biológica pensando que es lo mejor para el mismo podría ser un gran ejemplo pues tal y como se nombrará en este trabajo existen ciertos casos en los cuales el resultado de la vuelta ha sido totalmente nefasto para el menor.

⁴⁵ Nombre ficticio por el cual se la conoce para salvaguardar su identidad.



La única familia de Piedad fue la de acogimiento, pues no conoció otra que no fuera esa misma y esta era de la que la niña se sintió siempre parte. Estuvo desde 2005 hasta 2007 con su familia de acogimiento y con éstos fue con los que comenzó a hacer una vida normal después de esos años tan amargos en centros de acogida.

Cuando Piedad llevaba aproximadamente dos años conviviendo con su familia de acogida, su madre biológica la reclama y decide exigir ante los tribunales un régimen de visitas, régimen que consigue sin ningún tipo de problema y que además ocasiona que se dicte una sentencia que obliga a la menor a volver con su madre biológica.

La misma exigía la vuelta de la menor al entender que estaba “solucionando” los problemas que habían acarreado el desamparo. Con ello, el Juzgado de Primera instancia nº5 de las Palmas de Gran Canaria dicta una sentencia mediante la cual se ordena a los padres de acogida de Piedad a devolverla a su madre biológica.

La madre de acogida por su parte, apela dicha sentencia y se niega a devolver a la niña puesto que entiende que el hecho de volver con su madre biológica sería muy perjudicial para Piedad y que con dicha decisión no se conseguiría otra cosa que incumplir con el deber de protección del interés superior del menor.

Llegados a este punto existen dos perspectivas diferentes del caso, por un lado en la que prima el interés superior de la menor, cuando se da en acogimiento a la familia con la que convive durante dos años y por otro lado, el paso del interés de la menor a un plano secundario para ser lo principal la supuesta “recuperación” de las circunstancias que afectaban a la madre biológica y por ende su propio interés.

Si hacemos un análisis de estas cuestiones podemos determinar que a pesar de que el interés superior del menor no deba ser vulnerado para la protección del de los adultos, existen excepciones como la del caso de Piedad en la cual prima el interés de la madre biológica antes que el propio interés de la niña.

Lo importante a destacar aquí es que existe una confrontación de dos derechos, el de la menor y el de su madre biológica y que los mismos en el plano jurídico deben



estar perfectamente diferenciados, dándole una mayor preponderancia al interés del menor por encima del de su madre biológica.

Es cierto que tal y como establece el artículo 172.4 del C.C “*se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia*”, pero este artículo se tiene en cuenta cuando esa reinserción no sea perjudicial para los niños. Por tanto, tal y como se establece en la STS 5817/2009 de 31 de julio de 2009 “*El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre .*

Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor; pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»).”.



En definitiva, tomando en consideración las premisas que se establecieron en la sentencia del párrafo anterior, para acordar el retorno del menor desamparado con su familia biológica no basta simplemente con que haya cierta evolución en las circunstancias de los padres biológicos, sino que verdaderamente esa evolución debe ser suficiente para eliminar cualquier posibilidad de posible desamparo del menor. Además, se debe compensar el tiempo que hubiese transcurrido en la familia de acogida y los lazos o vínculos que hubiera creado el menor con sus acogedores si ha llegado a obtener con ellos los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico. Cuestión esta última que nos atañe especialmente en nuestro supuesto, pues Piedad había conseguido con su familia de acogida llegar a tener esa estabilidad y favorable crecimiento en todos los aspectos de su vida.

Continuando con la problemática del caso, el mismo fue tan público en Canarias que incluso la presidenta de aquel año de la DAGA⁴⁶, respaldó a la familia preadotiva. DAGA consideraba que la decisión judicial de devolver a Piedad *“obliga a la niña, sin oírla ni evaluar su situación, a volver con una madre a quien no conoce ni recuerda y reitera que vulnera el interés superior del menor”*⁴⁷, pues en medio de todas estas contingencias ya crecía una niña que por aquel entonces poseía ocho años.

A pesar de la negativa de la madre de acogida pues *“se negó a entregar a la niña presentando numerosos recursos de amparo y aportando informes que alertaban del serio daño psicológico que se le infringiría a Piedad”*⁴⁸, la niña es trasladada por la Guardia Civil a las Palmas de Gran Canaria para reunirse con su madre biológica pues según palabras de la misma *“debe tener derecho a una segunda oportunidad”*.

⁴⁶ Asociación de Defensa, Amparo y Garantías en Adopción y Acogimiento.

⁴⁷ DE LA FUENTE, I. (19/12/2006). <<Un juez obliga a que una niña de cinco años acogida vuelva con la madre biológica>>. *El País*

⁴⁸ MURILLO, P.H. (04/08/2010). <<Una niña de 8 años, declarada por segunda vez en desamparo>>. *El País*.



Lo cierto es que la niña Piedad salió perjudicada nuevamente, pues tras volver con su madre biológica ésta un año y medio después, decidió devolverla nuevamente a un centro de acogida, aludiendo que no podía hacerse cargo de la menor.

Por lo que respecta a la madre de acogida, ha sido condenada a nueve meses de prisión por el Juzgado de lo Penal nº1 de Las Palmas de Gran Canaria por el delito de desobediencia recogido en el artículo del 556.1 del CP⁴⁹ puesto que no entregó a la menor en el momento en el que se le había ordenado⁵⁰. Es en estos momentos en los que se pone sobre la mesa si en algún momento se hizo uso del derecho del menor a ser escuchado, pues no queda constancia de que realmente la opinión de la niña Piedad fuese tenida en cuenta por los tribunales competentes, pues ya habían pasado casi tres años desde que la que menor convivía con sus acogedores.

Como bien se ha citado con anterioridad en este trabajo, el derecho del menor a ser escuchado lo poseen todos los niños que teniendo la capacidad de crear un juicio propio, tengan algo que decir u opinar sobre su situación en un caso concreto.

Como se puede ver en este caso, primó más lo que quería la madre biológica que el propio interés superior del menor al igual que ocurrió en la STS 404/2018 de 14 de febrero de 2018 que establecía lo siguiente: *“La sentencia de primera instancia motiva su decisión pensando en el interés de los menores, como eje de su decisión. Afirma que se constata de informes técnicos «un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora, hasta el punto de estar totalmente integrados en el núcleo familiar actual, con fuertes lazos afectivos entre los menores y los componentes de la familia*

⁴⁹ Artículo 556.1 del Código Penal: *Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

⁵⁰ Se puede hacer alusión aquí al deber de asumir la temporalidad del acogimiento y la futura despedida. En el caso de Piedad, su madre de acogida no fue capaz de asumir dicha temporalidad, pues agotó todos los recursos que tenía con la intención de que no le arrebataran a la niña.



acogedora». Al ponderar los intereses de éstos, en relación con los de la madre, y partiendo de los informes obrantes en autos que ponen de manifiesto la plena integración de los menores con otra familia con la que han logrado lazos de afectividad, añade que, ante esta realidad «no puede ceder el que la madre haya rehecho su vida o mejorado su situación económica». Frente al derecho de ella «prevalece el interés de éstos de vivir un ambiente de afecto y armonía que no va a encontrar junto a los recurrentes, cuya falta de capacidad y habilidades para cumplir respecto de los menores los deberes de la patria potestad, han quedado patentes». 6.- Frente a una argumentación tan precisa de la Juzgadora de primera instancia, que persigue evitar que los menores se coloquen en situación de riesgo, con medidas inciertas en sus frutos, cuando se encuentran estables y arraigados en su actual situación, la Audiencia, a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la ratio decidendi en los progenitores y en el interés de éstos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad. En ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los menores esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional..”.

Todas estas cuestiones del caso Piedad, no vienen sino a corroborar la falta de protección del interés superior del menor que tuvo Piedad y las decisiones mal tomadas por parte de los jueces que estuvieron al frente de este caso.

El derecho que tenía Piedad a ser escuchada y del que se hace alusión más arriba, no fue utilizado, no le dejaron decidir que era lo que necesitaba y lo único que consiguieron fue potenciar el daño que ya había sufrido la niña durante todos los años que duró el proceso.

Todo ello con razón de que nunca le permitieron volver a la única casa que conoció y al lugar donde fue feliz durante dos años. Hoy ya es una adolescente continuamente golpeada por la justicia que ha pasado más de la mitad de su vida en centros de acogida sin poder disfrutar de una familia, ni tampoco hacer vida de niña



porque en un momento dado “los adultos” que llevaron su caso, decidieron que lo mejor para ella era alejarla de su única familia y devolvérsela a la persona por la cual fue declarada en desamparo.

X. El caso del niño del Royo.

Otro caso reseñable es el del Niño del Royo, se trató de un menor que contó con la misma suerte que Piedad pues desde que nació ingresó en un centro de acogida ya que su madre fue diagnosticada con trastorno bipolar y su padre con esquizofrenia. Este menor fue acogido por una familia que quiso hacerse cargo del mismo pero como en el caso de Piedad, la justicia decidió que era mejor que regresara con su madre biológica, lo que ocasionó la vuelta del menor nuevamente a un centro de acogida hasta en cuatro ocasiones pues su madre no estaba cumpliendo con su labor y se estaban produciendo muchas ausencias y desajustes injustificados en la vida escolar del menor. Todos estos acontecimientos, según el psiquiatra Blas Bombín, que atendió al menor, posiblemente pueden acarrear “un tremendo desajuste emocional, que puede tener otras consecuencias: déficit de atención, trastornos del desarrollo de la personalidad, conductas evasivas..”⁵¹. Lo que nos lleva a pensar en el impacto tan negativo para el menor de la situación que estaba viviendo.

En este sentido podríamos citar la STS 5668/2016 del 21 de diciembre de 2016 que nos ayudará a contextualizar mejor el caso, la misma establecía lo siguiente: “*no encuentra garantías de que la vuelta con su familia natural pudiese garantizar plenamente sus derechos, no debiéndose olvidar que en el seno de la misma, cuando el menor convivía con la apelante y su pareja Roberto y un hijo de éste, parece ser que Everardo fue agredido sexualmente por su primo en dos ocasiones, conformando sendos episodios que han dejado serias secuelas en el menor. No queremos decir con ello que*

⁵¹ ECHAGÜE, J.V/ MATA, R. (18/09/2016). <<¿Se acuerdan del “niño de royo” su odisea continúa en un centro de menores>>. *La Razón*



la Sra. Susana tuviera algún tipo de responsabilidad en ello ni falta de diligencia por su parte, pues no le es reprochable su conducta en tal sentido, pero sí consideramos que el entorno familiar de la Sra. Susana no ofrece a Everardo la necesaria seguridad y estabilidad que le son necesarias". En este caso (diferente al del niño del royo) el menor en cuestión ya llevaba dos años conviviendo con su familia de acogida y se encontraba feliz con su nueva vida, con sus amigos y le gustaba el colegio en el que estaba, además de sentirse plenamente integrado en el seno de su nueva familia, el juez en este caso entendió que la vuelta con su familia biológica lo único que iba a conseguir era que se produjera un desajuste psicológico poco beneficioso para el infante.

Haciendo hincapié en esta argumentación también podríamos nombrar las STS 4911/2011 del 13 de junio de 2011 que establecía que *:La aplicación del principio del interés del menor en los casos de acogimiento, habiendo familia biológica, ha sido ya aplicado por esta Sala y existe ya doctrina jurisprudencial dictada por la sentencia 565/2009, de 31 de julio, que después de argumentar que "las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural", sienta la siguiente doctrina: "[...]para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester 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 y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su*



desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

Por tanto, el juzgador tiene en cuenta el transcurso del tiempo al valorar en el proceso el cambio de las circunstancias desde que se adopta la resolución de desamparo, para así poder revocar dicha resolución, estimar el desamparo o confirmar el acogimiento. Es decir, se tiene en cuenta el transcurso del tiempo en el que la madre biológica no tiene contacto con la menor, la adaptación con su familia biológica de la menor y el comportamiento de la madre biológica durante todo el proceso, es una cuestión más de riesgo que de desamparo⁵².

A pesar de ello, lo cierto es que tanto en este caso como en el de Piedad, que se ha nombrado anteriormente, no podemos hablar de una protección absoluta al interés superior del menor, pues los jueces no han sabido ver como la vuelta con la familia de acogida no era beneficiosa para esos menores.

Ha primado en los dos supuestos la redención de las causas que habían provocado la declaración de desamparo, sin tener en consideración que era lo mejor para esos niños y como el paso del tiempo es capaz de hacer que ellos mismos sientan que su familia de acogida es la única familia real con la que cuentan. En estos casos ha sido así, los infantes han podido encontrar una familia de la cual se han podido sentir parte, las mismas que han ofrecido todas las atenciones necesarias y las que han luchado para conseguir un futuro más prospero para esos niños.

Si lo que se pretende desde el principio es proteger el interés superior del menor, teniendo en cuenta el transcurso de los acontecimientos en ambos casos, difícilmente sea posible sostener la idea de que la vuelta con sus padres biológicos es la decisión adecuada.

⁵² BENAVENTE MOREDA, P., *Riesgo, desamparo y acogimiento de menores*.AFDUAM, vol. 15, 2011,p.46



XI. Conclusiones.

A lo largo del presente Trabajo de Fin de grado se ha pretendido examinar la relevancia que posee el interés superior del menor en el proceso de acogimiento, para la cual se ha realizado un análisis de como han ido evolucionando las leyes en materia de protección de menores y de acogimiento de los mismos. Se ha pretendido contextualizar las diferencias existentes entre las situaciones de desamparo y riesgo del menor, pues aunque en un primer momento pueda parecer que se trata de la misma situación, son figuras totalmente distintas.

Con ello, la elaboración de este trabajo ha permitido alcanzar una serie de conclusiones que se describen a continuación:

1.El acogimiento se presenta como una de las figuras de protección a la infancia más importantes de entre las que nuestro sistema jurídico nos ofrece y su utilización ha sido tan progresiva que nos ha permitido analizar una diversidad muy grande de situaciones a las que puede enfrentarse un menor. El punto de partida del acogimiento como bien se ha establecido a lo largo de este trabajo es la declaración de desamparo, cuando la misma se produce ya se pueden iniciar los tramites de acogimiento, escogiendo siempre el legislador el tipo de acogimiento que más se adecue a la situación que presente el infante. Es en este momento en el que entra en juego el interés superior del menor, pues tanto los jueces como la Administración Pública deberán proteger ese bien preponderante en su toma de decisiones.

2.La legislación en materia de menores ha ido experimentando grandes cambios a lo largo de la historia, cambios que han permitido que la ley se adapte cada vez mejor a la casuística que presenta un menor que ha sido declarado en desamparo, pues a pesar de no haberse establecido a día de hoy una determinación sobre el interés superior del menor, cualquier avance por mínimo que sea siempre se podrá traducir en un beneficio para el menor desamparado.



3. Como se ha mencionado en varias ocasiones en este trabajo, el interés superior del menor se presenta como un concepto jurídico indeterminado cuya indeterminación normativa deja casi por completo en manos de los jueces la posibilidad de decidir sobre lo que es mejor para un menor. Posibilidad que les permite tomar decisiones con una mayor libertad pues no hay un precepto normativo al cual hagan referencia. Han existido casos en los que esa libertad de decisión a causa de la indeterminación jurídica del precepto, ha hecho que un menor pase de encontrarse en una situación beneficiosa y de completa integración con la familia de acogida y que por una decisión del juez, la misma cambie negativamente. No hay más que pensar en los casos más arriba reseñados en los que no se vela por el interés superior del menor sino que éste pasa a un segundo plano, dándole mayor relevancia a los intereses de los padres biológicos.

4. El menor cuenta con una falta de protección significativa en el proceso de acogimiento en los casos de este trabajo, lo que ha provocado que no se les permita hacer uso de su derecho a ser escuchados y que por ende no se vea plasmada la premisa de que su interés superior esté por encima de cualquier otro.

5. La solución ante esta cuestión es que el juez debe encontrar el equilibrio entre su toma de decisiones y la defensa de ese interés y debe darle superior jerarquía a los derechos de los menores pues los mismos tienen carácter absoluto frente a los demás derechos que formen parte del proceso de acogimiento que tienen carácter relativo, tanto los que poseen los progenitores biológicos como los acogedores.

6. No hay que olvidar, la necesidad de escuchar a los niños y de permitirles que sean ellos los que decidan muchas veces. Cuando se dan situaciones de riesgo para los menores y son declarados en desamparo la Administración Pública se encarga de buscarles un hogar y proporcionarles seguridad. Hasta este punto todo es correcto, pero no hay que obviar que existe una familia biológica a la que dejan atrás y que posiblemente en algún momento dado quieran recuperar al menor. Quizás este sea el punto crucial en el que la justicia deba entrar a formar parte más activamente en el caso



pues es dónde se va a decidir si el interés del menor se protege permaneciendo con su familia de acogida o regresando con la biológica. No hay más que tener en cuenta la jurisprudencia utilizada en este trabajo para poder determinar que aunque pueda parecer lo lógico a priori, regresar con la familia biológica lo que puede producir es un daño irreparable para los menores. Teniendo en cuenta la situación, el precepto de procurar reinsertar el menor con su familia biológica no es más que una consideración en abstracto que debe adecuarse siempre a la búsqueda del interés superior del menor, estableciendo la re inserción con sus progenitores biológicos como una posibilidad que únicamente se aplicará en caso de que la misma sea beneficiosa para el infante.

7. Por tanto, lo más importante y con lo que se podría dar una resolución por parte de los jueces a los casos como los que se han venido tratando es siempre darles la oportunidad a los niños de poder ser escuchados, que formen parte activa en todos aquellos procesos en los que se vean involucrados. No es más que conceder a los infantes la posibilidad de en cierta forma poder decidir sobre su futuro de alguna manera, proporcionándoles voz en aquellos supuestos en los que se va a decidir sobre su vida y sus relaciones familiares.

Más allá de tener en cuenta la edad de 12 años que es lo estipulado, pienso que es necesario tener en consideración la capacidad y madurez que el menor posea en el momento de verse inmerso un proceso de acogida, pues es importante lo que quieren los progenitores biológicos y los acogedores, pero lo es más lo que desea y lo que siente el menor que va a ser acogido.



XII. Bibliografía

ARA PINILLA, I., *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XXI, enero 2004.

BENAVENTE MOREDA, P., *Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la administración e interés en juego*. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad autónoma de Madrid.

CAPARRÓS CIVERA, N., *El acogimiento familiar, aspectos jurídicos y sociales*, Madrid, 2001.

DEL VALLE, J.F., LÓPEZ, M., MONTSERRAT, C. y BRAVO, A. *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*. Madrid, 2008.

DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2004.

HIJAS FERNÁNDEZ, E., *Tutela guarda y acogimiento en la Ley 21/1987*. Aspectos sustantivos y Procesales, Actualidad Civil, 1995.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *La protección jurídica del menor*. Madrid, 2001.

MORENO QUESADA, L., RUIZ-RICO MORÓN, J., HERRERA CAMPOS, R., *Curso de Derecho Civil I Bis, Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch 2017 (4ª Edición).

MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.



NAVAS NAVARRO S., *El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada*. En Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luís Díez –Picazo. Tomo I. Madrid, 2003.

NAVAS NAVARRO, S., *Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia*, publicado en el libro Nuevo derecho de la Persona y de la Familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña, Reyes Baratead Orellana, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

SHINÈ PSICOLOGÍA y COACHING, S.L. *Acogimiento familiar y adopción*. Fundación General Universidad de La Laguna

WEBGRAFÍA:

DE LA FUENTE, I. (19/12/2006). <<Un juez obliga a que una niña de cinco años acogida vuelva con la madre biológica>>. *El País*
https://elpais.com/diario/2006/12/19/sociedad/1166482806_850215.html

ECHAGÜE, J.V/ MATA, R. (18/09/2016). <<¿Se acuerdan del “niño de royo” su odisea continúa en un centro de menores>>. *La Razón*
<https://www.larazon.es/se-acuerda-del-nino-de-el-royo-su-odisea-continua-en-un-centro-de-menores-DD13546410>

MURILLO, P.H. (04/08/2010). << Una niña de 8 años, declarada por segunda vez en desamparo>>. *El País*.
https://elpais.com/diario/2010/08/04/sociedad/1280872805_850215.html