

SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITA DE LOS PADRES
RESPECTO DEL MENOR ACOGIDO. COMENTARIO A LA STS (SALA
I^a) 663/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE

SUSPENSION OF THE RIGHT OF VISITS OF THE PARENTS TO THE
MINOR IN RESIDENCIAL CARE. COMMENTARY ON THE JUDGMENT
OF THE SUPREME COURT 663/2013, OF 4 NOVEMBER

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 536-545



Adela
SERRA
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Acogimiento residencial, acogimiento familiar, derecho de los padres a relacionarse con el menor acogido, suspensión de la patria potestad, competencia de órganos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Menores desamparados, acogimiento, derechos de visitas, suspensión de patria potestad.

ABSTRACT: Family fostering, residential care, right of visits of the parents to the minor, suspension of guardianship, competence of judicial organs.

KEY WORDS: Defenceless minors, fostering, visiting rights, suspension of parental authority.

SUMARIO: I. El derecho de los padres a relacionarse con el menor acogido.- I. Las consecuencias de la declaración de desamparo del menor: la tutela ex lege de la Administración y el acogimiento.- 2. El derecho de visita de los padres y demás familia biológica al menor acogido.- 3. El interés superior del menor: la excepcionalidad de la suspensión o limitación del derecho de visita.- II. La competencia para suspender el derecho de visita de los progenitores.

SUPUESTO DE HECHO

La Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias dictó Resolución, con fecha de 23 de julio de 2009, en la que acordaba interrumpir, de forma cautelar, durante un período de seis meses, las visitas, estancias y comunicaciones de la menor con su madre y con el resto de su familia biológica. Además, acordaba instar inmediatamente la correspondiente suspensión ante el órgano judicial.

La madre biológica impugnó esta resolución administrativa ante el JPI n° 5 de Las Palmas, por entender que se trataba de una medida arbitraria que no había sido autorizada judicialmente y que afectaba al derecho de la menor. La sentencia del JPI desestimó la demanda y acordó la suspensión de las visitas, así como la atención psicológica de la menor para favorecer la desvinculación paterno-filial, si fuera necesario. Interpuesto recurso de apelación por la madre y por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial los desestimó, confirmando la competencia de la Administración para acordar la suspensión de las visitas del menor acogido.

Contra esta Sentencia se interpuso recurso de casación por la madre, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 477.2.3 LEC, por cuanto la sentencia recurrida resuelve una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación que ha de darse al art. 161 CC; Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Iª TS en relación con la obligatoriedad del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, sobre audiencia del menor; Tercero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Iª TS en relación con la necesidad de que exista un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor que justifique la suspensión de las visitas.

• **Adela Serra Rodríguez**

Es Doctora en Derecho (1997) y Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Valencia desde 2002. Acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad (2012). Es autora de numerosas publicaciones en el ámbito del Derecho de la contratación y protección de consumidores, Hipotecas, Fundaciones y Responsabilidad civil. Correo electrónico: adela.serra@uv.es.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia de instancia, en el sentido de dejar sin efecto la Resolución de la entidad pública administrativa que había acordado la suspensión del derecho de visitas de la recurrente y su hija menor acogida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia, sostiene que, según el art. 161 CC, la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango, y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa.

Por ello, frente a la doctrina mantenida por el tribunal *a quo* que, con base en el art. 10.2 ñ) de la Ley 1/1997, de Atención Integral a los Menores, reconoce a competencia a la Administración autonómica para suspender cautelarmente las visitas de la menor acogida con su madre, el Tribunal Supremo considera que si bien el art. 161 CC tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores —STS 11 de febrero de 2011—, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón de su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los arts. 3, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Por todo lo anterior, la afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de que, «acordada la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medido, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se corresponde ni con el artículo 161 ni con lo dispuesto en la Convención. Si conforme al artículo 160 del CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del art. 172.1 CC. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia

y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la Administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar; para acordarla, con la debida autorización judicial».

COMENTARIO

I. EL DERECHO DE LOS PADRES A RELACIONARSE CON EL MENOR ACOGIDO.

I. Las consecuencias de la declaración de desamparo del menor: la tutela ex lege de la Administración y el acogimiento.

El Código civil español considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores (p. ej. velar por los hijos menores o tutelados, educarlos y procurarles una formación integral), cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (cfr. art. 172.1.II CC en relación con arts. 154 y 269 CC). Así, por ejemplo, las leyes autonómicas y sus normas de desarrollo han ido precisando el concepto jurídico indeterminado de "situación de desamparo", incluyendo expresamente causas que provocan dicha desprotección, y que habrían sido recogidas por la jurisprudencia, como el abandono voluntario del menor por la familia, malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, imposibilidad de ejercicio de la guarda por las personas a las que compete por trastorno mental grave o drogadicción, ausencia de escolarización del menor, inducción a la mendicidad, prostitución o delincuencia, etc.

Se trata, por tanto, de una situación fáctica, cuya apreciación y declaración queda reservada a las entidades públicas competentes, en cada territorio, en materia de protección de menores, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Ante el conocimiento de tal situación, la autoridad pública competente incoará un procedimiento para constatarla y, en caso de apreciarla, dictará resolución administrativa de declaración de desamparo, en la que se establecerán las causas de dicha situación, la asunción de la tutela administrativa por ministerio de la ley y, normalmente, la forma de ejercicio de la guarda (esto es, el acogimiento), aunque sea con carácter provisional. Estas medidas de protección del menor deben ser puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificadas en el plazo de cuarenta y ocho horas a los padres, tutores o guardadores.

Por tanto, como consecuencia de la declaración del menor en situación de desamparo —que, en el caso que comentamos correspondió a la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias— la Administración asume automáticamente la tutela del menor; lo que lleva consigo la suspensión de la patria potestad de la menor (art. 172.1.III CC).

Además, la Administración deberá acordar la forma de ejercicio de la guarda del menor; a través del acogimiento, según prevé el art. 172.3 CC. El acogimiento puede ser familiar o residencial, siendo preferente el primero, salvo que “convenga al interés del menor” el residencial (cfr. art. 21.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). En virtud de los principios que rigen el sistema de protección del menor; se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a dicho interés, la reinserción en la propia familia. Además, si hay hermanos debe procurarse que las medidas de protección se lleven a cabo por la misma persona o entidad (art. 172.4 CC).

El principio del interés del menor y el de su reinserción en la propia familia constituyen principios fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. Ambos principios pueden entrar en contradicción, que se resuelve atendiendo a la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor [STS 31 julio 2009 (Tol 1723143)].

Del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013, que reproduce un fragmento de la Sentencia de instancia, parece desprenderse que la modalidad de acogimiento acordada para la menor fue un acogimiento residencial, cuyo ejercicio corresponde al Director del centro donde se le ha acogido. Según la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de Atención Integral a los Menores, el acogimiento residencial “sólo podrá acordarse cuando el menor esté en período de observación, durante el tiempo estrictamente necesario, o cuando el resto de las medidas de amparo devengan inviables, insuficientes o inadecuadas” (art. 68), debiendo procurar que el menor permanezca bajo esta medida el menor tiempo posible (art. 21.1 LOPJ).

2. El derecho de visita de los padres y demás familia biológica al menor acogido.

Conforme al art. 161 CC “Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.

Luego, el acogimiento familiar o residencial del menor que haya sido declarado en situación de desamparo y cuya tutela haya sido asumida *ex lege* por la Administración, no conlleva *per se* la suspensión del derecho de visitas que corresponda a padres, salvo en todo caso el interés superior del menor. Así se desprende del art. 160 CC

que reconoce el derecho de los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad —como sucede en caso del acogimiento de la menor en la Sentencia comentada—, a relacionarse con sus hijos menores.

Es más, se mantiene por la doctrina que este derecho de visita debe desligarse de la patria potestad, ya que también los padres que hubieran sido privados de ésta (de su titularidad, y no de su mero ejercicio) lo ostentarían, en tanto que al no ser la privación de la patria potestad una medida irreversible (cfr. art. 170.II CC), debe mantenerse en alguna medida una relación del progenitor privado con sus hijos. Esta idea aparece reflejada en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) y en la STS 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311), al afirmar: "Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos".

Este derecho de relación se extiende también a los abuelos y otros parientes y allegados, lo que se justifica porque más que un derecho de éstos es un derecho del propio hijo que se relaciona con su derecho al libre desarrollo de su personalidad y que, por ello, pretende salvaguardar los vínculos afectivos del menor; aunque sea con personas con las que no existen lazos biológicos [vid. DÍEZ GARCÍA, H., "Comentario a los artículos 160 y 161", AA.VV., *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz), Tomo II. Valencia (2013): Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1636-1656].

Sólo se excepciona, en el art. 160 CC, este derecho de relacionarse en caso de menores adoptados por otra persona o "conforme a lo dispuesto en resolución judicial", cuestión esta que trataremos en el epígrafe siguiente y que constituye el núcleo de la controversia suscitada ante el Tribunal Supremo.

En suma, como declara la Sentencia que comentamos, el derecho de comunicación de los progenitores, aun privados o suspendidos de la patria potestad, con el hijo se configura como derecho básico de este último, salvo que en razón de su propio interés pueda acordarse otra cosa. Así se desprende de los textos jurídicos internacionales de protección de los menores, como el art. 9.3 de Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, según el cual "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", o el art.

24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que dispone que “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

3. El interés superior del menor: la excepcionalidad de la limitación o suspensión del derecho de visita al menor.

Teniendo en cuenta que el derecho de visitas se configura como uno de los derechos-función cuyo ejercicio queda subordinado al “interés superior del menor”, confirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de noviembre de 2013, como ya había hecho en anteriores Sentencias [SSTS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905), 21 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734); 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)], que sólo se puede acordar su limitación o suspensión “en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada”. Ésta es también la postura defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, sin que pueda haber injerencia de la autoridad pública, sino cuando esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria para la protección, entre otros bienes o intereses, de la salud o de la moral. Para el TEDH este art. 8 reconoce el derecho de los padres para relacionarse con sus hijos y la obligación de las autoridades públicas para adoptar medidas que hagan efectivo dicho derecho, de manera que el alejamiento del menor de su núcleo familia ha de ser una medida excepcional. En tal sentido, la STEDH 12 julio 2001 (TEDH 2001, 467) —Asunto K. y T. contra Finlandia—.

A tal efecto, corresponde a los tribunales valorar, a luz de las pruebas practicadas, si el interés superior del menor se puede ver afectado por la influencia perniciosa de su progenitor/es, de manera que la relación del menor con éste suponga un peligro real y concreto para su salud, física o psíquica o moral, o afecte negativamente a su desarrollo. Por ello, el Tribunal Supremo confirma en este extremo la sentencia *a quo* que había valorado detalladamente todos los hechos mediante pruebas pertinentes que justificaban la suspensión del derecho de visitas, atendiendo al interés superior de la menor directamente afectada por la influencia perniciosa que ejercía sobre ella la madre.

La resolución judicial que acuerde la suspensión del régimen de visitas deberá estar objetivamente fundamentada y, además, la medida adoptada guardar la precisa proporcionalidad en atención al interés y derechos del menor. Así, por ejemplo, uno de los supuestos en que resulta justificada esta medida es el caso de violencia de género por el que pretende el derecho de visitas hacia sus descendientes o entre los progenitores (cfr. arts. 65 y 66 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), como confirmó la STS 11

febrero 2011 (RJ 2001, 2311). Por ello, si existe sentencia firme condenatoria del progenitor por delito de malos tratos hacia el hijo menor y en cuanto que el juez civil está vinculado por los hechos probados, concurre justa causa para decretar la suspensión del derecho de visitas, según la STS 11 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734).

II. LA COMPETENCIA PARA SUSPENDER EL DERECHO DE VISITA DE LOS PROGENITORES.

Conforme al art. 161 CC corresponde al juez la regulación (esto es, la limitación) o suspensión del derecho de visitas al menor acogido.

Sin embargo, no cabe desconocer que el documento en que se formaliza el acogimiento familiar; en que debe constar el consentimiento de la entidad pública (que habrá formulado la propuesta de acogimiento), de las personas que reciban al menor y de éste en caso de tener doce años, debe incluir, según prevé el art. 173.2 CC, los derechos y deberes de las partes y, en particular: "La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido". En defecto de una regulación detallada de la constitución del acogimiento residencial, le será aplicable el previsto para el acogimiento familiar en dicho precepto [GAYA SICILIA, R., "Tutela y guarda de menores en situación de desamparo", en AA.VV., *Derecho de Familia* (coord. G. Díez-Picazo). Navarra (2012): Civitas-Thomson Reuters, p. 1733].

Luego, el documento de formalización del acogimiento familiar o residencial incluirá ya el régimen de visitas de los progenitores al menor acogido. Si éstos se opusieran en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que dispone acogimiento, por entender que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o porque existen en el círculo familiar otras personas más idóneas, deberá ser el juez el que lo declare, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 172.3.II y 173.3 CC; art. 780 LEC; art. 1828 LEC/1881). No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor el acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial (art. 173.3.II CC). Por ello, será posible que la entidad pública que acordara tal acogimiento familiar provisional limitara o regulara el derecho de los progenitores y demás familiares a relacionarse con el menor acogido.

Si los progenitores estuvieran de acuerdo con el acogimiento acordado, pero no con el régimen de visitas, también deberá ser el juez el que se pronuncie al respecto, conforme a la previsión del art. 161 CC, acudiendo a los trámites del juicio verbal (art. 780.1 *in fine* LEC).

La Sentencia comentada se enfrenta a la cuestión de si la resolución administrativa de la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias en que se acuerda interrumpir de forma cautelar el régimen de visitas de la

menor acogida con su madre y el resto de familia biológica, sin recabar autorización judicial se ajusta a la legislación vigente, que viene dada por el art. 161 CC.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 13 de julio de 2001, recurrida ante el TS, había concluido que la Administración autonómica era competente para suspender las visitas de la madre y familia biológica de la menor acogida, si bien añadía “sujeta a conocimiento y control judicial”, con base en la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Comunidad Autónoma de Canarias, de Atención Integral a los Menores, cuyo art. 10.2.ñ) atribuye a la Consejería que tenga atribuida la materia de atención a los menores las competencias “que deriven o se relacionen con las anteriores que se consideren integrantes de las funciones de protección, amparo y reeducación de los menores, aun cuando no estén específicamente previstas en esta Ley”, así como la “autorización, inspección y control de los servicios, hogares funcionales y centros de atención a los menores” (art. 10.2 k), incluyendo entre la función de control del centro de acogimiento la de regular las visitas de la familia de origen del menor. En esta línea, otros pronunciamientos judiciales, como la SAP Lugo 9 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2116), habían confirmado la competencia de la entidad administrativa autonómica para acordar dicha medida con carácter cautelar o provisional en atención al interés del menor, reservando la suspensión con carácter definitivo a la autoridad judicial en el procedimiento correspondiente, siempre que dicha medida cautelar estuviera suficientemente motivada [STS] Galicia 22 febrero 2002 (RJ 2012, 4322)].

Sin embargo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de noviembre de 2013 rechaza tal posibilidad, confirmando la exigencia de la autorización judicial para limitar o suspender el derecho de visitas o relación con el menor acogido y, con ello, la nulidad de la resolución administrativa. No obstante, cabe advertir que el Tribunal Supremo introduce una matización, ya que al razonar sobre su decisión pone de relieve que en este caso “no existiendo norma autonómica de cobertura se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento”, lo que no considera admisible. Con esta expresión parece que implícitamente admite que si existiera una norma autonómica de cobertura podría atribuirse esta competencia a la entidad administrativa correspondiente.