

[REDACTED]

**Juzgado de Primera Instancia nº 19
de Barcelona
Oposición a acuerdo de entidad pública 190/10**

AUTO

Magistrada Juez en sustitución, D^a María Rosa Gutés Pascual
En Barcelona, a dos de diciembre de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por cuatro resoluciones de la DGAIA de 17 de diciembre de 2009, se declaró el desamparo preventivo de los menores [REDACTED] y el 21 de diciembre fueron ingresados en un centro de acogida. La medida se tomó teniendo en cuenta, de un lado, el seguimiento que se venía haciendo de la familia desde servicios sociales, por defecto de higiene en los menores, que a pesar de las advertencias no se solventaba, así como en sus padres y en la vivienda familiar, donde convivían a su vez con su abuela paterna, en situación de dependencia. A ello se añadía que el padre estaba en paro en esa época y había asimismo alguna denuncia de que, en ocasiones, los niños iban y/o venían solos de la escuela. Y de otro lado, parece que el detonante de la intervención administrativa, fue un desgraciado accidente del más pequeño de los hermanos, que se disparó con un arma de aire comprimido, cargada de balines, que el padre había dejado al mayor de sus hijos, de 14 años. Este hecho y la actitud de los padres, que parecían minimizar la gravedad de lo ocurrido, a pesar de que prodigaron al menor los cuidados médicos necesarios, se asociaba a negligencia de los progenitores, con mal pronóstico en relación con las condiciones de la vivienda unifamiliar, de insalubridad, de existencia de una piscina sin protecciones, así como de otros elementos de peligro para los más pequeños.

SEGUNDO.- El actor, Juan [REDACTED], en cuanto se hubieron aportado a los autos los cuatro expedientes administrativos, se opuso a las mencionadas resoluciones, formalizando las correspondientes demandas, de las cuales, tres de ellas se acumularon en este procedimiento, quedando pendiente la acumulación de los autos 207/2010. Se sostiene que el desamparo no estaba indicado en el presente caso, porque sin apartar a los menores de sus padres, podían y debían adoptarse otras medidas de asistencia social a la familia. Hacía notar, que en el propio expediente consta la sorpresa del Director del Centro Escolar al conocer la medida que la DGAIA había tomado, y que asimismo se refleja la buena vinculación emocional de los menores con sus padres, en relación con otros indicadores de protección. La Generalitat contestó a la demanda interesando el mantenimiento de la resolución de la DGAIA.

TERCERO.- En el verano de 2010, La DGAIA acordó el cese de sus funciones tutelares, con el subsiguiente archivo del expediente administrativo, y el retorno de los menores con sus progenitores, previa suscripción de un plan de mejora con el equipo técnico de valoración, en cuya virtud, el S. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] asumieron una serie de compromisos, que aparecen detallados en la causa. Por escrito presentado el 28 de septiembre, la Generalitat solicitó que, al haberse extinguido el objeto del procedimiento, se diera traslado a la actora para que manifestara si estaba de acuerdo con el archivo del procedimiento. El Ministerio Fiscal interesó la terminación del presente procedimiento, por satisfacción extraprocésal de las pretensiones del actor. En cambio, la parte actora se opuso, manteniendo un interés legítimo en el procedimiento, al no haberse extinguido su objeto, consistente en la oposición a las medidas de protección sobre los menores, materializadas ahora en la apertura de un expediente de riesgo. Los progenitores niegan haber desamparado y desatendido a sus hijos, y que sean un factor de riesgo para los menores. Se aducen también razones de economía procesal, en la oposición a la última medida acordada.

CUARTO.- Convocada la comparecencia del art. 22.2 LEC, con el resultado que obra documentado en la grabación, los autos quedaron para resolver sobre la continuación o no del juicio.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En cuanto a la acumulación al presente procedimiento, de los autos 207/2010, interesada por las partes, procede acordarla y se acuerda en esta misma resolución, al cumplirse los presupuestos legales para ello, en los términos de los arts. 75, 76, 77 y 78 LEC y al igual que se había acordado respecto de los otros dos procedimientos ya acumulados.

SEGUNDO.- Aparte de que el objeto del procedimiento no se agotaba con el reintegro de los menores a sus progenitores, pues se pedía la revocación de la resolución de desamparo, dejándola sin efecto, cosa que no ha realizado por la DGAIA, ya que no debe confundirse con ello, el alzamiento de la declaración de desamparo; y prueba de que la resolución de desamparo sigue desplegando sus efectos, es que ahora se ha sometido a la parte actora a un expediente de riesgo, el cual trae causa sólo del desamparo que en su día se declaró; aparte de esto, digo, desde el momento en que se ha traído a este procedimiento la resolución de cese de las funciones tutelares asumidas mediante desamparo preventivo, derivación de seguimiento y apertura de expediente de riesgo, a los efectos de alegar satisfacción extraprocésal y puesto que la parte actora tiene derecho a oponerse y se ha opuesto a esa nueva resolución, no puede acogerse la tesis de que para hacer efectiva dicha oposición, sea necesario instar nuevo procedimiento. Antes bien, manifestada claramente la oposición de la parte actora a la nueva resolución, es aplicable el art. 71 sobre acumulación de acciones, que en este caso se refieren a la revocación, de un lado, de la resolución de desamparo, privándola de todo efecto, y de otro, a la revocación de la resolución de apertura de expediente de riesgo, consistente en seguimiento por la EAIA del Bajo Llobregat III, supeditado al cumplimiento del compromiso socioeducativo; acciones ambas compatibles y conexas entre sí, pues traen causa de unos mismos hechos y la segunda de ellas, de la resolución administrativa previa, objeto de este procedimiento. Además, se cumplen los requisitos del art. 73 LEC. En consecuencia, debe tenerse por acumulada la oposición al acuerdo de apertura de expediente de riesgo, debiéndose

continuar el procedimiento para la dilucidación y decisión de las decisiones planteadas.

TERCERO.- Debe darse la razón a la parte actora, en su oposición a la terminación del procedimiento por satisfacción extraprocesal. Dicha satisfacción no se ha producido, en primer lugar, porque la última resolución administrativa reintegra a los menores a sus padres, pero mantiene que existe situación de riesgo y si bien riesgo no es desamparo, lo cierto es que la delimitación entre ambos conceptos no aparece clara en el expediente administrativo. Y así, aunque no cabe negar que las circunstancias familiares expuestas en el expediente, conllevaban una situación de riesgo para los menores, e incluso de algún grado de desamparo, resulta dudoso que la medida a adoptar fuera la de la declaración de desamparo, apartando a los menores de sus padres.

Se invoca por la Generalitat, en su última resolución, que reintegra la patria potestad a los padres, el art., 105.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, según el cual, *“se consideran desamparados los menores o adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en que les falten los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar”*.

Asimismo, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, en su art. 2 dispone que 2. *Se considera que el menor está desamparado:*

- a) *Cuando faltan las personas a las cuales por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el menor.*
- b) *Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.*
- c) *Cuando el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga.*

Y el art. 5 dice bien claro, que *“1. Las medidas a adoptar, siempre con informe previo de los equipos técnicos competentes y teniendo en cuenta el interés del menor, pueden ser:*

Primera. La atención en la propia familia del menor, mediante ayudas de apoyo psicosocial, de índole personal o económica, de la Administración.

(...)

2. La medida se puede adoptar en el momento de hacerse la declaración de desamparo.

3. Se procurará, siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su entorno familiar. Si fuera necesaria la separación transitoria, ésta no impedirá los derechos de visita y comunicación con la familia natural, si conviene al interés del menor.

4. En la adopción de cualquier medida debe ser oído el menor de más de doce años, y el de menos de doce si tiene suficiente conocimiento y es posible”.

El art. 38 de la misma ley, con fundamento en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, establece que *“1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la*

separación es necesaria”, y el art. 78.2 y 104 de la Ley 14/2010, contempla la prevención y el tratamiento de las situaciones de riesgo, en el seno de la propia familia de los menores, por lo que la Generalitat debe justificar y acreditar que la separación fue necesaria y en caso contrario, habría que revocar la resolución de desamparo, privándola de todo efecto que pueda derivarse de ella, incluyendo el actual expediente de riesgo.

En el caso que nos ocupa, no se ha justificado la necesidad de apartar a los menores de sus padres y no se oyó al menor E [REDACTED] que por su edad debía ser oído, de modo que, por este último motivo, la medida era ilegal respecto de este menor. Pero es más, la misma resolución de la Generalitat, que reintegra la patria potestad, manifiesta únicamente, que *“Los motivos que motivaron el desamparo (...) eran la existencia de una grave falta de hábitos higiénicos personales y en el hogar, que estaban acentuados con la sobrecarga familiar (...)”*. Y entiende esta Juez, que los problemas de higiene, por graves que fueran, podían haber dado a una intervención domiciliaria para atajarlos, pero difícilmente pueden justificar la retirada de la patria potestad a los padres. Es a la Generalitat a quien compete demostrar, como se ha dicho, que esa medida tan grave y perturbadora para toda la familia, pero muy especialmente para los menores, era la indicada en el caso y no habiéndolo hecho, ni desprendiéndose ello del expediente, y ante la petición de los progenitores, debe atenderse la petición de los padres, de continuar este procedimiento.

El propio actuar de la Administración demandada, pone de manifiesto, asimismo, un posible error de apreciación respecto de las capacidades parentales de los progenitores, que no puede zanjarse sin más, con el archivo del procedimiento, como se pretende. En ese sentido, dice la resolución de 22 de junio de 2010, que *“de acuerdo con la documentación que obra en el expediente, los padres y el menor tienen un fuerte vínculo. Desde el primer día, los progenitores han estado presentes interesándose por la situación de su(s) hijo(s) y colaborando con el centro para mejorar la situación familiar y poder recuperar la guarda del menor.*

Los padres (...) han sido capaces de reconocer las dificultades y han demostrado tener recursos personales y habilidades sociales suficientes. Durante el tiempo de estudio han sido capaces de mejorar las condiciones higiénicas y de seguridad en el domicilio, realizando demandas de pautas concretas. Debe añadirse, que los progenitores presentan estabilidad económica y el domicilio presenta condiciones adecuadas para vivir”. Siendo esto así, cabe inferir de modo muy razonable, que las capacidades de los padres han existido desde el principio, y más cuando se cuestiona la capacidad intelectual de la madre, que no debe ser tan limitada, si ha sido capaz de responder adecuadamente a las demandas planteadas.

Asimismo, no podemos dejar de lado, el contenido del plan que se obligó a suscribir a los padres, el cual, más allá de reproducir obligaciones básicas e inherentes a la patria potestad, introduce algunas exigencias inadmisibles en un Estado de Derecho, en tanto que contrarias a la dignidad y los derechos inherentes a la persona (art. 10 CE), así como a la libertad de las personas (arts. 16 y 17 CE), y a la protección a la familia (art. 39 CE). Es el caso del punto en que se subordina la devolución de los menores (véase el penúltimo párrafo del plan de mejora), a *“mantener un trabajo o situación económica que les ofrezca autonomía económica...”*, como si la cosa dependiera de la voluntad de los progenitores y fuera tan fácil procurárselo, o, lo que es

más grave, “acudir a un centro de planificación familiar para evitar embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual”, pues, en primer lugar, ninguna norma jurídica ampara, ni podría ampararlo sin contravenir el derecho a la libertad, constitucionalmente reconocido, que al Estado o en este caso a la Comunidad Autónoma compete la planificación familiar, y en consecuencia, la referida exigencia es nula de pleno Derecho, por lo que, con mayor motivo, apreciándose esa injerencia inconstitucional, ilegal y por ende arbitraria, en la familia de autos, de ninguna manera puede cerrarse el asunto sobre la base de satisfacción extraprocésal. Y en segundo lugar, no advierte esta Juez, qué relación guarda los de las enfermedades de transmisión sexual en una pareja de la que no se conocen factores de riesgo en relación con tales enfermedades, siendo la exigencia del todo impertinente y atentatoria a la dignidad de los padres de los menores. Tampoco es pertinente obligar a la familia a una terapia familiar para trabajar pautas de comunicación y habilidades sociales, cuando desde el principio, en los indicadores de protección (folio 72 del e.a.), se ha dicho que “la vinculación emocional paterno-filial existe y se valora como intensa (...) la relación de los menores con su entorno escolar y social es adecuada”, y la(s) propia(s) resoluciones admiten, que los menores son “educados y afectuosos, con las necesidades emocionales cubiertas y que se prestan apoyo y ayuda unos a otros”. Tampoco es necesario exigir nada a los progenitores, ni mucho menos someterlos a vigilancia, respecto de la escolarización y atención médica y sanitaria de los menores, pues tales aspectos ya estaban adecuadamente cubiertos desde el principio (folio 72 del e.a.).

Se cita además en la resolución de cese de la declaración de desamparo, el art. 124 e) de la misma ley 14/2010, en cuya virtud, las medidas de protección cesan cuando el organismo competente declara que han desaparecido las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la medida. Y esto parece ser así en este caso, en que el problema se afirma que era la higiene y la seguridad en el domicilio y que tales aspectos se han solventado. En consecuencia, y aparte de la cuestión de si era o no procedente el desamparo, que deberá ventilarse en este procedimiento; a los efectos del expediente de riesgo, y a falta de alegación de nuevos indicadores de riesgo, no se cumplen los presupuestos del art. 78 de la Ley 14/2010, sobre prevención de la desprotección infantil, y en todo caso, del mismo modo que en su día se apreciaron factores de riesgo, nada impediría una nueva intervención de los servicios sociales en el futuro, sin necesidad, por lo tanto, de mantener a la familia bajo una permanente intervención administrativa.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO.- PRIMERO.- La acumulación al presente procedimiento, de los autos 207/2010, de oposición a acuerdo de entidad pública.

SEGUNDO.- La continuación del procedimiento, por no haberse producido la satisfacción extraprocésal que se pretende, teniéndose por acumulada, a la oposición a la declaración de desamparo de los menores, la oposición a la resolución de cese de las funciones tutelares asumidas mediante desamparo preventivo, derivación de seguimiento y apertura de expediente de riesgo.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicándoles que contra el primer acuerdo, pueden interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días. En cambio, contra el acuerdo de continuación del juicio, no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma la Juez. Doy fe.

