



Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª).
Sentencia núm. 218/2011 de 24 marzo

[JUR\2011\189348](#)

Adopción, guarda y acogimiento de menores.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 726/2010

Ponente: Illma. Sra. ana mª garcía esquius

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION DECIMO OCTAVA

ROLLO Nº 726/2010

OPOSICIÓN MEDIDAS EN PROTECCIÓN DE MENORES(ART.780 Nº 406/2008

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 19 BARCELONA

S E N T E N C I A núm. 218/2011

Ilmas. Sras.

Dª ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS

Dª MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

Dª MARIA DOLORS VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de marzo de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimooctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Oposición medidas en protección de menores(art.780, número 406/2008 seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 19 BARCELONA, a instancia de Dª. Apolonia , contra la DGAIA y con intervención del Ministerio Fiscal, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por LA DIRECCIO GENERAL D'ATENCIO A LA INFANCIA I A LA ADOLESCENCIA contra la Sentencia dictada en los mismos el día 22 de marzo de 2010, por la Sra. Juez del expresado Juzgado,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador D. Carles Testor Ibars, en nombre y representación de Dña. Apolonia defendido por el Letrado D. Xavier Pera Coll contra la DGAIA y **revocho las resoluciones administrativa de 6 de marzo de 2008, revocando el acogimiento familiar preadoptivo, y acordando el reintegro del menor, reiniciendo inmediatamente las visitas materno filial de manera progresiva,** sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

Librese oficio a los Servicios Sociales para que colaboran de manera urgente en el reintegro paulatino del menor, librando oficio al CSMIJ para dar soporte psicológico al menor y a la progenitora materna. Librese oficio al Punt de Trobada en idéntico sentido.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe

recurso de e apelación en el plazo de cinco días y en la forma prevista en el artículo 457 y siguientes de la Ley 1/2000 de 7 de enero. Llévase testimonio de esta resolución a los autos de su razón. Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada DGAIA mediante escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso y con la intervención del Ministerio Fiscal que también se opuso, elevándose tras los trámites legales los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo de 2011, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El presente recurso se centra en el examen de la corrección de la medida adoptada por la juzgadora de instancia que dejando sin efecto la resolución dictada por la Dirección General de Atención a la Infancia en fecha 6 de marzo de 2008, declarativa del acogimiento preadoptivo del menor Iker en familia ajena, acuerda el reintegro del menor a su familia biológica.

La resolución de instancia para llegar a tal conclusión lleva a cabo un pormenorizado análisis de los antecedentes del caso, de la prueba practicada tanto en el expediente administrativo como en el procedimiento judicial y de la legislación tanto nacional como internacional que rige en esta materia y lo hace de forma sólida y argumentada.

Ciertamente no cabe discutir en este momento que efectivamente cuando la administración adoptó la medida de declaración de desamparo y asunción de la tutela sobre el menor actuó de forma adecuada a las circunstancias y a la situación y estado personal y material de la madre y el hijo. Sobre ello no es necesario insistir, pero sí en que en este tipo de procesos no sólo es exigible de todos los que intervienen en el proceso, incluidas la administración y los jueces y tribunales, el máximo rigor y cautela, sino que las circunstancias han de ser valoradas de forma mesurada, tratando de garantizar los derechos de todos quienes resulten afectados sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece el menor, cuya protección garantiza el art. 39 de nuestra Constitución, pero atendiendo fundamentalmente al interés del niño. El problema estriba en dilucidar si con el transcurso del tiempo la madre ha conseguido superar las dificultades que abocaron al desamparo de su hijo y si esta en condiciones de asumir su cuidado pues no podemos más que hacer hincapié en el hecho de la maternidad y en lo que al respecto se indica tanto en la legislación nacional como internacional: el derecho, tanto del menor como de los propios padres, a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural, es sancionado en el ámbito incluso del Derecho Internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, así la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, disponiéndose expresamente en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20-11-1989, que «Los Estados partes velarán porque el niño no se vea 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». Es por ello que el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, o trato negligente, precepto que se complementa con el contenido en el artículo 3 en el que se señala que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

El Principio de integración familiar general que rige en esta materia tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros y principalmente, en el artículo 172. 4 del Código Civil, que fue reformado por Ley 21/1987, y en el artículo 5 de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, aprobada por el Parlamento de Catalunya, (DOGC de 17 de enero de 1992). La Ley 21/1987 de 11 de noviembre introdujo por primera vez en el sistema de protección de menores regulado en el C.c. la figura del acogimiento familiar, y a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se ha visto ampliado el concepto

de acogimiento. Pero más concretamente, el artículo 5.1 de la Llei 37/1991 establece las medidas a adoptar en interés del menor colocando en primer lugar la atención en la propia familia del menor y en el apartado 3 que se ha de procurar siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su entorno familiar. En desarrollo de éste precepto legal, el artículo 14 del Reglamento de Protección de los menores y de la adopción, aprobado por Decret 2/1997, de 7 de enero, (DOGC de 13 de enero), establece que los equipos técnicos priorizarán la medida de protección de atención en la propia familia natural siempre que ello sea posible.

Sin embargo, la prioridad al mantenimiento del menor en su familia natural no implica primacía de éste derecho sobre el auténtico beneficio del menor, puesto que también el artículo 19 de Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio. En este sentido, el acogimiento en centro o en familia ajena, se configura como un instrumento legal de protección de los menores, privados temporal o permanentemente de un ambiente familiar idóneo pues el menor lo que precisa para crecer y desarrollar su personalidad, para conseguir su autoestima y seguridad, es sentirse amparado, protegido además de querido y en el proceso de crecimiento no caben las esperas ni puede entender otras razones que una buena convivencia.

También valora la Sala y en este sentido ha tenido oportunidad de pronunciarse en otras ocasiones, que el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de julio de 2009, ha sentado la doctrina de que para "acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales de uno y 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 encuentre 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 entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico". En ese caso concreto, se trataba de una menor que llevaba conviviendo cinco años con los acogedores.

SEGUNDO

En este caso es incuestionable la bondad de la actuación de los acogedores en el bienestar del menor y en su favorable evolución. Han sabido proporcionarle una sólida base de afecto y seguridad que será absolutamente fundamental para el desarrollo de su personalidad futura. El menor se encuentra perfectamente integrado en la familia acogedora, en la que ha sido amparado no sólo por el núcleo que compone la pareja acogedora sino también por sus respectivas familias extensas, es un niño sano, alegre y despierto y el buen estado que presenta es indudablemente gracias al cuidado y cariño con el que ha sido tratado. Pero no podemos dejar de constatar que el acogimiento es sólo una más de las medidas que es posible adoptar para asegurar una correcta guarda del menor mientras persiste la situación de desamparo y la tutela de la administración pero que no equivale ni a la adopción ni a la potestad parental. De ahí que la constitución del acogimiento preadoptivo deba venir precedido de un riguroso control de la concurrencia de los presupuestos que justifiquen el cambio de un acogimiento simple a un acogimiento preadoptivo. Aún cuando el menor se encuentra conviviendo con la familia acogedora desde el mes de julio del año 2008 hemos de tener en cuenta que ya con anterioridad a esa fecha, el 30 de abril del mismo año 2008 la madre había presentado su escrito de solicitud a la propuesta de adopción de la medida que se está discutiendo pues no había existido acogimiento simple en familia ajena anterior y que desde antes de haberse acordado el acogimiento la madre manifestaba había estado reintentando el reintegro del menor a su familia biológica.

Por todo ello y la trascendencia de la decisión que se trata de adoptar, la Sala, pese a la abundante documental obrante en autos y a la pericial psiquiátrica practicada en la instancia cuyo resultado refleja suficientemente la sentencia apelada, acordó la práctica de una nueva pericial psiquiátrica para tener un mejor conocimiento del estado de la madre biológica y sus condiciones para asumir la custodia del hijo, emitiéndose dictamen por el Dr. psiquiatra adscrito a la Clínica forense el cual informó en los siguientes términos: "La informada Apolonia ..., de 42 años de edad, presenta rasgos de inmadurez en su personalidad de base (con componentes histriónicos, narcisistas y de tipo límite) habiendo experimentado períodos de descompensación en forma de trastornos depresivos de ansiedad, alteraciones alimenticias de tipo anoréxico y abuso de tóxicos. Cabe señalar una tentativa de autolisis por la que fué ingresada en el Hospital de Mataró. la paciente se encuentra globalmente compensada en la actualidad sin que hayamos detectado sintomatología psicopatológica activa, manteniendo dicho status

de compensación de manera sostenida y estabilizada, por lo que estimamos que está posibilitada para ejercer adecuadamente el rol materno respecto a su hijos de 3 años de edad. "

A lo largo de la vista celebrada en esta alzada el psiquiatra forense tuvo la oportunidad de ampliar y aclarar el contenido de su informe habiendo dejado constancia de que en su opinión el primer diagnóstico no estuvo bien elaborado, que la madre biológica esta perfectamente capacitada para cuidar responsablemente a su hijo, que presenta rasgos de trastorno de la personalidad pero que no puede diagnosticarsele trastorno de personalidad , que había existido consumo esporádico de sustancias tóxicas pero que no puede calificarse de adicción ni considera que sea necesario tratamiento médico o de desintoxicación alguno. Que la madre tiene muchas ganas de tener a su hijo consigo y que en el proyecto participa y colabora también su otro hijo, de 23 años, con el que convive y que está asimismo dispuesto a asumir el cuidado del hermano menor.

La demandante no presenta déficits cognitivos que mermen su capacidad de ejercer de forma responsable la maternidad.

Ante esta realidad, pensando exclusivamente en el menor y en su derecho a crecer en la familia natural, y aún a pesar de valorar muy positivamente la labor que han estado asumiendo los acogedores , la Sala estima que la decisión adoptada por el juzgado de instancia fue la mas adecuada a las circunstancias concurrentes . Esta decisión no sólo está respondiendo a la conveniencia de asegurar que el menor continúe siendo bien atendido, máxime si tenemos en cuenta que en la actualidad no existe indicadores de riesgo en el ámbito familiar materno, sino también en el futuro proceso de identidad del menor y su pertenencia a un determinado grupo familiar , cuestiones todas ellas que indudablemente deben ser elaboradas.

Pese a la confirmación de la sentencia y precisamente para evitar el posible riesgo de una hipotética descompensación en el estado actual de la madre, la Sala considera mantener asimismo las medidas complementarias acordadas por la juzgadora de instancia, es decir, la supervisión de los servicios sociales , que podrán auxiliar a la madre tanto en lo personal como en lo material, y un control facultativo médico y psicológico a la madre y al menor a practicar por el CSMIJ y durante el primer año y con periodicidad trimestral por el Médico Forense, especialista en psiquiatría, que llevo a cabo el informe en esta alzada y conoce las actuaciones

TERCERO

Desestimándose la apelación y visto lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no proceda efectuar imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

VISTOS los preceptos legales citados y demas de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que **DESESTIMANDO** el Recurso de Apelación interpuesto por LA **DIRECCIÓN GENERAL D'ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA** contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de los de Barcelona, en fecha 22 de marzo de 2010 **SE CONFIRMA** la referida resolución con el único complemento de acordar además del seguimiento por servicios sociales y control del CSMIJ, acuerda que durante el primer año a contar de la presente sentencia durante el primer año y con periodicidad trimestral se lleve a cabo control del estado y evolución personal de la madre Sra. Apolonia , por el Médico Forense, especialista en psiquiatría, que llevó a cabo el informe en esta alzada y conoce las actuaciones .No ha lugar a efectuar imposición de las costas causadas en esta alzada.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

Análisis del documento

Historia del caso

La descripción de la Historia del caso sólo está disponible en la opción Imprimir.