

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Acogimiento residencial, suspensión del régimen de visitas del menor y su interés supremo

Residential foster care of the minor, suspension of visitation, and its supreme interest

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada.

ABSTRACT: *The Public Entity is entitled to decide upon the suspension of visitation and contact agreements in the case of minors under their legal guardianship and in residential foster care with respect to their biological parents, in order to ensure that the protection measures agreed upon are met, without prejudice to the supervisory role of the Public Prosecutor's Office and the mandatory judicial review of the administrative resolution adopted. These will be notified of the measure adopted immediately.*

PALABRAS CLAVE: Suspensión del régimen de visitas. Acogimiento residencial.

KEY WORDS: Suspension of visitation and contact agreements. Residential foster care of the minor.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FINALIDAD DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITAS Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.—III. DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA CUANDO EL MENOR ESTÁ EN RÉGIMEN DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.—IV. PRIMACÍA DE LA VIGILANCIA DE LA TUTELA DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DEL MINISTERIO FISCAL.—V. LA ACTUACIÓN DE CONTROL DEL ÓRGANO JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES.—VI. EL DERECHO DE VISITA EN LOS CENTROS ESPECÍFICOS DE MENORES CON CONDUCTA PROBLEMÁTICA QUE ESTÁN BAJO PATRIA POTESTAD.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015¹, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada»².

La sentencia objeto de comentario se refiere al expediente de jurisdicción voluntaria iniciado por la Delegación Provincial de Granada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, en el que se solicitaba la suspensión judicial del régimen de visitas de la menor, respecto de sus padres biológicos, y que había sido adoptada de manera cautelar por el citado ente administrativo.

La entidad pública alegó que tras la intervención realizada con la unidad familiar, la Comisión Provincial de Medidas de Protección acordó en fecha 26 de octubre de 2011, y en beneficio de la menor, el inicio del procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena, con el que se pudiera atender a sus necesidades y evitar el alargamiento de la institucionalización.

El Centro de Protección en el que estaba acogida la niña emitió una nota informativa donde exponía que «la profesora nos cuenta que ha tenido una regresión desde que la menor está acudiendo a las visitas con su madre. Muestra menos interés a la hora de realizar las tareas escolares y se distrae con facilidad...».

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 ocurre en este caso, en el que la medida se adopta para garantizar la protección e integridad física y psicológica de la menor, a partir de un análisis detallado de todas las pruebas que se han practicado, en beneficio e interés de la menor.

En razón a todo ello, la Comisión Provincial de Medidas de Protección acordó la suspensión cautelar de las relaciones personales de la menor con sus padres

biológicos, instando expediente de jurisdicción voluntaria para que, con fundamento en los artículos 94, 160 y 161 del Código Civil, y atendiendo al interés prioritario de la menor, se dictara auto «acordando suspender todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres biológicos». La madre de la niña se opuso al expediente por lo que se declaró contencioso el procedimiento, siguiendo por sus trámites (art. 753 LEC).

II. FINALIDAD DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITAS Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Ha sido la Jurisprudencia la que se ha encargado de establecer nítidamente cual es la finalidad del derecho de comunicación y/o visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC de 22 diciembre de 2008³, determinó que según el artículo 94 del Código Civil se configura el mismo como un derecho del que el progenitor no custodio 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».

Realmente es un derecho bidireccional, pues es tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que les une, y cuya finalidad estriba en contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

Además según los instrumentos internacionales sobre protección de menores, es un derecho básico de este, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Así lo establecen la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁴, la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992⁵, y, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁶.

De manera que hay que atender al primordial interés superior del menor cuando tras establecer el artículo 94 del Código Civil el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo «...podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen...».

Este criterio formulado ya en la STS de 11 de febrero de 2011, es tomado como ejemplo en diversas leyes autonómicas. Así el artículo 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece que «1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija».

Sin olvidar el Código Civil de Cataluña, que en su artículo 233-8.3, establece que «la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor».

Recordemos que el interés del menor, ha sido recientemente definido y concretado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷, en cuyo artículo 2 apartado c) se indica cómo en base a ese interés supremo se priorizará la permanencia del menor en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones

familiares, siempre que sea posible y positivo para él. Pero, como ocurre en el presente caso, si se acordara una medida de protección, se priorizará el acogimiento residencial frente al familiar. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

Y esto es precisamente lo que se hace en el supuesto de hecho objeto de análisis, comprobar la regresión de la menor simplemente por las visitas de la madre, y más aún, el inicio del procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena a fin de evitar el alargamiento de la institucionalización.

Es cierto que las relaciones paternofiliales engloban derechos bidireccionales, de manera que hay que tener en cuenta la posición de la madre, que tiene también un interés legítimo junto al interés superior del menor, no obstante no debe olvidarse que hay que priorizar las medidas que, respondiendo a este interés, respeten los otros intereses legítimos presentes.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

III. DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA CUANDO EL MENOR ESTÁ EN RÉGIMEN DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

El artículo 94 del Código Civil instauro el derecho de comunicación y visita del progenitor no custodio, pero será el juez el que determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

En nuestro supuesto surge un nuevo elemento que es la Entidad pública que tiene en régimen de acogimiento el menor, por lo que los dos progenitores son no custodios y tienen el derecho de comunicación y visita. Menores que aunque estén en este régimen específico porque sus progenitores no ejerzan sobre ellos la patria potestad tienen derecho, en principio, a relacionarse con sus progenitores, (art. 160 del Código Civil)⁸.

Es más, incluso en el caso de que uno de los progenitores esté privado de libertad, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

El mismo derecho tienen los menores cuando son adoptados por otra persona, que solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4 del Código Civil⁹.

Derecho que solo podrá impedirse cuando exista justa causa. Y no solo en relación con los progenitores sino también con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre

hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculen la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁰, en su apartado once del artículo segundo, modifica el artículo 161 del Código Civil indicando que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo.

Insiste en que, además, la Entidad Pública podrá acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

El Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados serán los que informen a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor¹¹.

El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. PRIMACÍA DE LA VIGILANCIA DE LA TUTELA DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DEL MINISTERIO FISCAL

En la sentencia objeto de comentario, el Juez de Primera Instancia resolvió fundando su criterio en las pruebas aportadas, en este caso por la Entidad Pública, a partir de la valoración de los informes y notas derivados de los incidentes y motivos en base a los cuales la Administración entiende que se produce una situación grave para la estabilidad de la menor, lo cual justifica la suspensión propuesta del régimen de relaciones familiares y visitas de la menor con su madre biológica.

Previamente, la Audiencia Provincial contrariamente y basándose en el artículo 3 del Decreto autonómico 42/2002 de 12 de febrero, en su apartado c) señala que la administración andaluza podrá adoptar para la protección de los menores, entre otras medidas, la de «determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores parientes y allegados». La Audiencia entiende que regularlo o suspenderlo, significa configurar sus límites o privar, aunque sea temporalmente, de un derecho conferido por norma de rango superior como es el artículo 161 del Código Civil y que reservar a la autoridad judicial las facultades de suspender y regular tal régimen, dejaría vacío de contenido la previsión del Decreto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los criterios alegados y que desencadenan la estimación de la apelación es la forma de actuar por la Administración, que por su cuenta procedió a la suspensión de las visitas. Sin olvidar que hay que tener en cuenta el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) en base al cual la norma autonómica debe respetar el contenido de la norma superior que es el Código Civil.

La Administración podrá adoptar otro tipo de medidas de protección en este ámbito que no colisionen con las atribuciones judiciales, o promover el cambio (art. 43 del Decreto) directamente o por medio del Ministerio Fiscal, que ejerce la vigilancia de la tutela (art. 232 del Código Civil).

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía formula recurso de casación contra la citada sentencia fundado en un único motivo en el que se citan como infringidos los artículos 162 y 172.4 del Código Civil y se invoca para acreditar el interés casacional la sentencia de esta Sala 663/13 de 4 de noviembre de 2013 que, en un caso similar, mantuvo la medida de suspensión del régimen de visitas adoptada por el órgano administrativo, por considerarla *adecuada al interés del menor*¹².

Y además, el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de casación con apoyo en la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre «criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores», solicitando que la Sala revise o matice su doctrina para que pueda la Administración, en base al supremo interés del menor, suspender el régimen de visitas cuando ese interés lo haga necesario, pero cuya decisión estará sujeta al debido control judicial.

No olvidemos que el artículo 174 del Código Civil, de forma expresa, dice: «incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores». Asimismo, en sede de tutela, el artículo 232, indica que «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela». El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y la normativa autonómica también se refieren a esta función de control sobre los poderes públicos tanto con su intervención en los procesos civiles, como con la incoación de diligencias preprocesales y mediante requerimientos, visitas e inspección a centros.

El Ministerio Fiscal actúa extraprocesalmente como superior vigilante de la actividad administrativa de protección, lo cual no implica invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantarlas, sin que tampoco las exima de su responsabilidad, tal como recoge el apartado 3 del artículo 174 del Código Civil.

La función de Fiscal se ejerce en varios ámbitos. Por un lado, impulsando la actividad protectora de las Entidades Públicas, posteriormente valorando la medida acordada, y, por último, realizando el seguimiento de la evolución de la situación que dio lugar a la medida protectora (examinando los informes de seguimiento, visitando los centros... comprobando la situación del menor). Sin olvidar que en su actividad supervisora el Fiscal cuenta con las posibilidades de oposición a la actuación de las Entidades Públicas ante los Tribunales, a través del artículo 780 LEC.

V. LA ACTUACIÓN DE CONTROL DEL ÓRGANO JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES

La STS de 4 de noviembre de 2013 reitera lo que dice el artículo 161 del Código Civil «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».

Pero lo importante de dicha sentencia, fue que en aquel momento 2011 ya se indicó la importancia del *principio del interés superior del menor*, existente en

nuestro ordenamiento por la necesaria integración de los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores que determinan 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 a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa¹³, y ya recogido en la LOPJM de 1996.

Principio general de Derecho que, tal vez, era un poco difuso y fue aclarado doctrinalmente y utilizado por la propia Jurisprudencia, siendo definido en la reciente Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En su artículo primero modifica la 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, en la rúbrica del capítulo I del título I, pasando a denominarse «Ámbito e interés superior del menor», y que en su artículo dos, modifica el artículo 2 de la LOPJM definiéndole y recogiendo el criterio creado por la doctrina jurisprudencial como reconoce su propia Exposición de Motivos¹⁴.

Así el artículo 2 citado insiste en que «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». Y en el artículo 2,2 apartado c) indica la prioridad en la permanencia de su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia, como ya hemos indicado anteriormente.

Pero volviendo a la doctrina de la STS de 4 de noviembre de 2013, se insiste en que «la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medida, 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 Código Civil 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 artículo 172,1 del Código Civil.

Recordemos que el artículo 161 del Código Civil, recientemente modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dice que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. Pudiendo el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Precepto que según indicó la STS de 4 de noviembre de 2013, tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, pero «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 a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa...».

De no hacerse así la medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica, añade, «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».

En resumen, dice la propia STS de 18 de junio de 2015, objeto de análisis, que la doctrina de esta Sala debe entenderse en el sentido de que la entidad pública, amparada en una norma autonómica de cobertura, que autoriza a la administración andaluza a determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores o parientes y allegados, tiene competencia para suspender las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica.

Con ello de forma cautelar, se garantiza inmediatamente el buen fin de la medida de protección adoptada, atendiendo a las circunstancias y al interés superior del menor, por parte la Entidad que está facultada para adoptar la medida de separar a los hijos de sus progenitores, (acogimiento del art. 172,1 del Código Civil), de donde se deriva la posibilidad de la suspensión del régimen de visitas es una simple consecuencia.

Sin olvidar la importante y necesaria función supervisora del Ministerio Fiscal y el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada por ser competencia del Juez la ratificación o no de la medida mediante resolución fundada, como ha ocurrido en este caso en el que se instó el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria interesando judicialmente la suspensión de todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres, como así lo acordó el Juzgado.

Por ello, y con apoyo del informe del Ministerio Fiscal, mantiene la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones del menor con sus padres biológicos.

Si conforme al artículo 160 del Código Civil 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 artículo 172,1 del Código Civil.

En eso consiste la precisión de la doctrina jurisprudencial al respecto, en afirmar que la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la misma.

VI. EL DERECHO DE VISITA EN LOS CENTROS ESPECÍFICOS DE MENORES CON CONDUCTA PROBLEMÁTICA QUE ESTÁN BAJO PATRIA POTESTAD

Diferente al tema de estudio objeto de esta sentencia, debemos tener en cuenta el rumbo de los problemas sociales con respecto a menores, y no hay mejor

forma de hacerlo que teniendo en cuenta el artículo primero de la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha modificado la 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. Regulación que introduce en la reforma un capítulo IV, en el título II, comprensivo de los artículos 25 a 35, ambos inclusive, varias cuestiones sustantivas y procedimentales relativas al *internamiento o ingreso en centros específicos de menores de edad con conducta problemática que están bajo patria potestad*.

Como consecuencia de la evolución producida en los últimos años en Derecho de Familia pero sobre todo en la sociedad, ha surgido la aparición de un nuevo perfil de usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias, que es el de los *menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias*. Ingreso cuya consecuencia tiene su origen en situaciones conductuales conflictivas derivadas de comportamientos agresivos, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental.

El objetivo de estos centros educacionales específicos consiste en proporcionar a los menores con problemas de conducta un entorno educativo que logre la normalización de su conducta y consigan el libre desarrollo de su personalidad.

Evidentemente el supuesto es totalmente diferente en cuanto a la naturaleza de ambas instituciones. El acogimiento de los menores se centra en que la Entidad Pública tiene a los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos consecuencia de la ausencia de protección de los padres hacia los menores. Es una medida de protección acordada en beneficio del menor. Por otro lado, el ingreso de los menores en estos centros educacionales suele encauzarse o por los propios padres, sobre hijos protegidos que no están en desamparo y que preocupados, por ellos y considerando la necesidad de una atención especial, buscan alcanzar su reeducación y reintegración en la sociedad. Sin olvidar la posibilidad de que también sean menores declarados en situación de desamparo por la entidad pública que busque la misma finalidad. Hay que ser conscientes de que las limitaciones educativas de conducta hacen precisa una atención especial que ha de concretarse en medidas asistenciales, educativas, sanitarias tendentes a su rehabilitación e integración social (arts. 43 y 49 CE).

El legislador impone que los menores deben estar diagnosticados de problemas de conductas, y expresamente señala como tales *conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros*. El ingreso debe estar justificado por las necesidades de protección del menor. Y también impone que tal valoración debe realizarse por expertos en el tratamiento de estas conductas, lo que se deduce de los términos «valoración psicosocial especializada».

Y, por último recoge la posibilidad de que la guarda del menor esté en manos de la entidad pública (art. 172 del Código Civil) cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

Hay que tener en cuenta que se trata de supuestos de guarda voluntaria donde será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional, y por ello según el artículo 26, 5 de la LO los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas. El cese será acordado por el órgano judicial que esté

conociendo del ingreso, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicosocial. No obstante nos interesa la posibilidad establecida del derecho a comunicarse libremente con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000 y sus normas de desarrollo.

Pues bien, en este caso, el artículo 34 de la ley indica que «las visitas de familiares y otras personas allegadas solo podrán ser restringidas o suspendidas en interés del menor por el Director del centro, de manera motivada, cuando su tratamiento educativo lo aconseje y conforme a los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso. El derecho de visitas no podrá ser restringido por la aplicación de medidas disciplinarias».

Se establece pues un procedimiento igual al supuesto objeto de análisis donde es totalmente aplicable la doctrina de esta sentencia, que de hecho es lo mismo que la nueva LO establece en su articulado: *La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores con conducta problemática que están bajo patria potestad a fin de conseguir sus objetivos, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada*¹⁵.

VII. CONCLUSIONES

I. El artículo 94 del Código Civil instauro el derecho de comunicación y visita del progenitor no custodio, pero será el Juez el que determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

II. La medida de impedir la relación de un menor en régimen de acogimiento residencial 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.

III. La Jurisprudencia ha sido la que se ha encargado de establecer nítidamente cual es la finalidad del derecho de comunicación y/o visitas. En concreto la STC de 22 de diciembre de 2008 configuró como un derecho del que el progenitor no custodio 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.

IV. El interés del menor, ha sido recientemente definido y concretado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuyo artículo 2 apartado c) se indica cómo en base a ese interés supremo cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

V. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su apartado once del artículo segundo, modifica el artículo 161 del Código Civil indicando que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las

visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo.

VI. Insiste en que, además, la Entidad Pública podrá acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

VII. El ingreso de menores en centros educacionales se encauza por los propios padres, sobre hijos bajo patria potestad que preocupados, por ellos y considerando la necesidad de una atención especial, buscan alcanzar su reeducación y reintegración en la sociedad, a través de una atención concretada en medidas asistenciales, educativas, sanitarias tendentes a su rehabilitación e integración social (arts. 43 y 49 CE). Centros regulados por la LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que en su articulado recoge con claridad la línea argumental de la sentencia objeto de análisis, esto es que la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores con conducta problemática que están bajo patria potestad a fin de conseguir sus objetivos, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la misma.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, Rec. 722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *La Ley* 2015, 79678.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *La Ley* 2013, 164433.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 54/2011 de 11 de febrero de 2011, Rec. 500/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. *La Ley* 2011, 2156.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (arts. 3, 10 y 18)
- Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 (art. 14)
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 24.3)
- Código Civil (arts. 94, 160, 161, 172)
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- 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
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015)
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 de julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015
- Decreto Autonómico 42/2002, de 12 de febrero, de la Consejería de Asuntos Sociales, del régimen de desamparo, tutela y guardia administrativa (art. 3)

- Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre «criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores»

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 321/2015 de 18 de junio de 2015, Rec. 722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 321/2015. Núm. de Recurso: 722/2014. Diario La Ley, Núm. 8577, Sección La Sentencia del día, 7 de julio de 2015, Editorial La Ley. (LA LEY 2015, 79678).

² El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por la Administración y ratificó la suspensión del régimen de visitas de una menor con sus padres biológicos. La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado y dejó sin efecto la suspensión del régimen de visitas acordada por la Administración. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la Administración, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

³ STC 176/2008 de 22 de diciembre. (LA LEY 2008, 198334).

⁴ 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. (art. 9.3).

⁵ En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño (art. 14).

⁶ 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 (art. 24.3).

⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

⁸ Artículo 160 redactado por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 de julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015.

⁹ Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar; edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del juez.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen. (Redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

¹⁰ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» 29 de julio). Vigencia: 18 de agosto de 2015.

¹¹ No podemos olvidar la publicación de la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015) que en su Exposición de Motivos reconoce como, la jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. O también, con la imposibilidad de contar con el concurso de las voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho.

En su parte articulada, el artículo 4 se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal «en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare».

¹² STS, Sala Primera, de lo Civil, 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (*La Ley* 2013, 164433).

En esta sentencia es la madre biológica la que impugna la resolución administrativa que acordó la suspensión del régimen de visitas con su hija menor en acogida. La competencia para suspender el derecho de visitas de los padres con un menor acogido corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin que sea posible la suspensión de este derecho por decisión administrativa.

No obstante el TS mantiene la medida en vía judicial en atención al interés superior de la menor.

¹³ La Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

¹⁴ Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

¹⁵ Artículo 32 LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Con independencia de las inspecciones de los centros que puedan efectuar el Defensor del Pueblo, las instituciones autonómicas equivalentes y el Ministerio Fiscal, la medida de ingreso del menor en el centro de protección específico deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el

oportuno informe motivado de seguimiento que incluya las entradas del Libro de Registro de Incidencias.

A los efectos de las inspecciones e informes a los que se refiere el párrafo anterior, el Libro de Registro de Incidencias deberá respetar, respecto a los cesionarios de datos, la adopción de las medidas de seguridad de nivel medio establecidas en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.