

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia N°: 565/2009**

**Fecha Sentencia: 31/07/2009**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso N°: 247/2007**

**Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando**

**Votación y Fallo: 07/07/2009**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos**

**Procedencia: Audiencia Provincial de Toledo**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo**

**Escrito por: MVG**

**Derecho de familia. Declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo. Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. 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 o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se 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 retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 247/2007**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos**

**Votación y Fallo: 07/07/2009**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

**SENTENCIA N°: 565/2009**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

**D. Jesús Corbal Fernández**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**D. Antonio Salas Carceller**

---

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Julio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 247/2007, ante la misma pende de resolución, interpuesto por las representaciones procesales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aquí representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz Cuellar, y D. \_\_\_\_\_ y D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ aquí representados por la Procuradora D.<sup>a</sup> Iciar de la Peña Argacha, contra la sentencia dictada en grado de apelación rollo 245/2006 por la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 21 de noviembre de 2006, dimanante del procedimientos ordinarios números 524 y 568 de 2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Toledo. Habiendo comparecido en calidad de recurrida D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_,

representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Yolanda Luna Sierra. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Toledo dictó auto de 1 de julio de 2005 en los procedimientos n.º 524 y 568/2003, cuya parte dispositiva dice:

«Acuerdo:

»Desestimar la impugnación presentada por D.<sup>a</sup> Belén Basarán Conde en representación de D.<sup>a</sup> a la declaración de desamparo y al acogimiento familiar preadoptivo de la menor y acuerdo la constitución del acogimiento de la menor en favor de las personas que constan en el expediente como acogedores, con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica. Sin costas».

**SEGUNDO.** - El auto contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«1. La situación de desamparo tal y como la prevé el art. 172 CC supone el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido para la guarda de los menores ha quedado acreditado en este procedimiento, pues consta en este expediente de la Consejería de Bienestar Social que declaró en situación de desamparo al menor que existía negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja y negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, se adjuntan informes de la policía nacional que afirman que D.<sup>a</sup> ... ejerce la prostitución estando presente el marido y la hija, sin embargo estas alegaciones se refieren a una etapa muy temprana de la vida de y en la actualidad dado que la situación puede haber cambiado se acordó la pericial psicológica y en su informe la psicóloga del juzgado afirma que aunque en la actualidad D.<sup>a</sup> se encuentra adaptada y con estabilidad familiar presenta déficit en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación, estilos educativos etc. para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales, es preciso destacar que en la actualidad vive con su nueva pareja y tienen un bebé, lo que supondría tener que enfrentarse a la crianza de

dos niñas concluyendo que el beneficio de que se desarrolle en una estabilidad afectiva y ambiental y dado que se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente es aconsejable mantener la situación actual y concluir la adopción dado que un cambio en la situación de la menor con tras años podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y de comportamiento.

»1. A la vista de las conclusiones de la psicóloga es preciso desestimar la oposición al desamparo y unido a la consideración de personas idóneas a los acogedores hace que en interés de los menores deba acordarse el acogimiento propuesto conforme los artículos 173.3 y 173 bis CC, lo que supone que dado que el acogimiento es preadoptivo no es posible la concesión de las visitas solicitadas a la abuela D.<sup>a</sup> Jesusa.

»2. Dada la naturaleza del procedimiento no procede hacer expresa condena en costas conforme el art. 394 de la LEC».

**TERCERO.** - La Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia de 21 de noviembre de 2006 en el rollo de apelación n.º 245/2006, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando el recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> , debemos revocar y revocamos el auto dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia Núm. 1 de Toledo, con fecha uno de julio de dos mil cinco, en el procedimiento núm. 524/03 y en su lugar declaramos no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo de la menor , con inmediata recuperación de su custodia y sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales, de cuantas medidas estén a su alcance en los términos que se señalan en las conclusiones del informe pericial que obra al folio 244 de las actuaciones».

**CUARTO.** - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Tiene declarado esta misma Sala en autos de 9 de febrero y 2 de marzo de 2.000 y de 25 de abril de 2.002, que "la Ley Orgánica 1/1.996, de 16 de enero, de Protección Jurídica del Menor (Ley que modifica parcialmente el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil) se inspira en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como en "La Convención de Derechos del Niño" de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990); y en la "Carta Europea de los Derechos del Niño", aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-

0772/92) contiene una serie de principios que se pueden sintetizar en lo que al caso que aquí nos ocupa en los siguientes:

»A) El interés superior de los menores, sobre cualquier otro que se estime legítimo (interés reflejado, antes de la comentada Ley, en las normas constitucionales, en el Código Civil; y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 2-5-1983; de 12-2-1992 y de 21-7-1993, entre otras).

»B) En relación íntima con el bien de aquellos (se integra y funde dentro de él), la condición o carácter educativo, que toda medida de amparo ha de tener con respecto a los mismos.

»C) La idea de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, se han de interpretar de manera restrictiva."

»Continuábamos señalando más adelante en esa misma resolución que a tenor de lo dispuesto en el art. 172 CC "se considera como 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 por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material", de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos.

»Y aun cuando se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos

mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (SSTC 143/1990 y 298/1993).

»Lo anterior entronca directamente en el principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre 1986 en su art. 9, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el art. 172.4 de nuestro Código Civil.

»En definitiva, la situación de desamparo, sea voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente".

»Segundo. Traída al caso que nos ocupa la anterior doctrina, resulta que la resolución impugnada ha rechazado la oposición de la madre biológica a la declaración de desamparo y de acogimiento familiar preadoptivo, que ha implicado la privación de todo contacto de la menor con dicha madre biológica y con el resto de su familia, y que de prosperar, concluirá indefectiblemente en una adopción definitiva.

»Pues bien, la menor nació el 13 de abril de 2001 y ya en mayo de ese año comenzó la intervención administrativa respecto de sus progenitores y en relación con la misma, poniéndose de manifiesto en el informe del Ayuntamiento de Toledo de 14 de junio de 2003 cómo desde el nacimiento de la menor la pareja tuvo problemas económicos, con ayuda para la compra de la leche infantil en junio de 2001, fecha en que se produjo un ingreso hospitalario por malnutrición de la menor, señalándose que al comienzo de la intervención, la menor presentaba unos cuidados aceptables aunque se valoraba la conveniencia de asistir al C. A. I. (Centro de Atención a la Infancia) para garantizar la continuidad de esos cuidados. La abuela paterna, perteneciente a una familia normalizada, siempre estuvo cerca, supervisando y realizando el cuidado de las comidas y de la casa en la medida que D<sup>a</sup> permitía.

»Se detectan en la pareja carencias referidas a pautas de alimentación y organización doméstica, horarios y cuidados para un bebé, así como problemas de pareja. A ello se añaden rumores de que la madre se dedica a la prostitución y juega a las máquinas.

»Todas estas circunstancias dieron lugar a la asunción de la tutela automática el 2 de abril de 2003 formalizada el 5 de agosto de 2003, habiendo fallecido el padre de la niña el 7 de julio del mismo año.

»Pues bien, desde el momento en que la Administración asume la tutela automática por considerar que la menor se encontraba en situación legal de desamparo, en lugar de intentar corregir esa situación, que no era desde luego irreversible como luego veremos, lo que ha hecho ha sido intentar apartar a la menor por todos los medios de la presencia de su madre, dándose la circunstancia de que recogida la niña el 5 de agosto de 2003 del poder de la madre (tras varios meses desaparecida, pues sabía ya que tendría que entregarla), la misma pide por escrito claramente redactado por Letrado fechado el 17 de septiembre de 2003, poder visitar a su hija, lo que se le prohíbe con el argumento de que no ha mostrado ningún interés en verla, situación de separación que se ha mantenido hasta la fecha.

»Es decir, tras hacerse cargo de la menor el 5 de agosto, ya obra un informe del 26 de dicho mes en que con una urgencia absolutamente innecesaria, se propone ya la búsqueda de pareja para formalizar acogimiento preadoptivo judicial, prohibiendo a la madre el contacto con su hija por resolución del 6 de octubre.

»En tan sólo un mes y medio, sin intentar por todos los medios a su alcance la Administración, como impone el art. 12 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, conseguir que sean los padres quienes desarrollen adecuadamente sus responsabilidades paterno filiales, se decide separar definitivamente a una hija de su madre biológica (el padre ya había fallecido), prohibirle todo contacto con ella y gestionar un acogimiento preadoptivo. La Sala entiende que la intervención de la Administración, aun cuando la asunción de la tutela automática estuviera justificada, que no lo ponemos en duda, desde ese preciso instante, en lugar de buscar una familia para la niña, lo que debió procurar por todos los medios a su alcance era favorecer en la madre la adquisición de habilidades adecuadas para la correcta educación y cuidado de la menor, con la intervención de cuantos medios materiales y personales tuviera a su alcance, fomentando desde el primer día de separación el contacto entre madre e hija para evitar que se produjera en la segunda una ruptura total, a la espera de que la situación de la madre evolucionara favorablemente para poder restablecer la convivencia entre ambas. Ni los problemas económicos eran tan acuciantes, ni la desatención de la menor tan grave como para



justificar tan drástica decisión. Como señalábamos en nuestro auto de 2 de marzo de 2000, la pobreza en sí misma no implica desatención, como tampoco las desavenencias conyugales, la poca capacidad para gestionar los ingresos ni la supuesta minusvalía psíquica no grave de uno de los progenitores.

»Y buena prueba de que la situación de desatención no era tan grave y de que era posible intentar algún tipo de actuación respecto de la madre que le permitiera adquirir aquellas habilidades necesarias para mantener o recuperar la custodia de su hija, es que en el momento actual, se pone de manifiesto en la prueba pericial psicológica practicada por el propio Juzgado, cómo la recurrente pertenece a una familia muy humilde con escasos recursos económicos, apenas sabe leer y escribir, llevando actualmente un año y medio conviviendo con una nueva pareja, fruto de cuya unión acaba de tener una nueva hija; la pareja percibe ingresos económicos y tiene tierras propias que les permiten vivir con dignidad. La pareja tiene una buena relación personal con D<sup>a</sup>. y manifiesta hacia la menor que la quiere como si fuera hija suya (al parecer la conoció antes de que se hiciera cargo de ella la Administración). D<sup>a</sup>. presenta un retraso mental leve referido a su capacidad adaptativa influida negativamente por su bajo nivel sociocultural y económico, inasistencia a la escuela, etc., con poca memoria, pensamiento lento y mala cualificación laboral. Tiene limitaciones en habilidades sociales (la compra, el dinero de la casa, etc.). Respecto a los conocimientos sobre educación de una menor, admite que no entiende de eso y que ya vería lo que haría. Quiere que su hija estudie, encuentre un trabajo y que sea feliz.

»Concluye el informe en relación a D<sup>a</sup>. que actualmente se encuentra adaptada al entorno social donde vive, con nivel económico aceptable y con estabilidad familiar y personal. Ha sido madre reciente de una niña y presenta déficits en áreas cognitivas y limitaciones en habilidades sociales y necesitaría recibir ayuda y apoyo, ante todo por carecer de conocimientos sobre educación de los hijos. Dicha ayuda actualmente es su propia pareja y además los servicios sociales debieran ejercer una labor formativa para potenciar en D<sup>a</sup>. las habilidades necesarias para enfrentarse a la crianza de una niña recién nacida y de la menor que aquí nos ocupa.

»A la vista de todo ello, la Sala no encuentra que concurren razones tan graves como para privar a una madre biológica de su hija, separándola de ella y entregándola en adopción a otras personas, pues ello debe quedar reservado para supuestos gravísimos que van mucho más allá de tener más o menos

habilidades sociales, mayor o menor cociente intelectual o formación académica y por supuesto tener unos u otros recursos económicos. Ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia como dijimos, son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de la prole y en cualquier caso, cuando una situación se basa en las mismas, cuando se aprecia que la madre puede recibir ayuda para adquirir las habilidades de las que carece, la obligación de los poderes públicos es prestar esa ayuda y colaboración (adoptando además mientras tanto las medidas de protección que sean necesarias) para evitar llegar a la más dramática de las situaciones imaginables, cual es la separación de por vida del niño, de su familia biológica. La actual situación de D<sup>a</sup>. se diferencia mucho de la de una gran parte de familias de bajo nivel sociocultural, a las que no se les priva de la custodia de sus hijos de forma definitiva y se dan en adopción a otras familias. Llama por último poderosamente la atención el hecho de que la madre ha tenido recientemente una nueva hija y sin embargo no consta en el expediente que se haya adoptado ninguna medida de protección respecto a la misma, evidentemente porque no ha sido necesario, luego si la madre está capacitada para mantener la custodia de un hijo de pocos meses, con mayor motivo lo está para recuperar la de su primera hija, al haber desaparecido las razones que justifican su intervención.

»Tercero. No procede efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil».

**QUINTO.** - En el escrito de interposición del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «De acuerdo con lo establecido en el artículo 477.1 LEC, el recurso se funda en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En el presente caso se denuncia la infracción legal del artículo 172 CC que, tras definir la situación legal de desamparo, establece, en su número 4, que se buscara siempre el interés de menor, así como el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección de Menores, conforme al cual "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", incluida la reinmersión del menor en su propia familia.

»Igualmente se invoca una inadecuada aplicación de la restante normativa invocada en la sentencia impugnada, entre la que cabe citar los diversos Convenios y Tratados Internacionales, concretamente "La Convención de Derechos del Niño", de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y la "Carta Europea de los Derechos del Niño", aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.»

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La infracción alegada se pone de manifiesto en el procedimiento objeto de recurso fundamentalmente por la concurrencia de dos elementos esenciales.

En primer lugar, la sentencia recurrida reconoce que la medida inicialmente adoptada por la Administración estaba justificada. Partiendo de la adecuación a Derecho de la medida inicialmente adoptada, el reproche jurídico se dirige a las posteriores actuaciones realizadas por la Administración, fundamentalmente, a la celeridad con que tramita el procedimiento de acogimiento preadoptivo de la menor, reprochándole no haber intentado durante más tiempo la adquisición por la madre biológica de las necesarias habilidades para la correcta educación de la menor. Además, la Audiencia, considera que se han acreditado la producción de cambios en las circunstancias de la madre biológica, y que, a la vista de la nueva situación, procede revocar la declaración de desamparo y la posterior resolución de acogimiento familiar preadoptivo de la menor con recuperación de la custodia por parte de la madre biológica.

Si bien es cierto que existen cambios positivos en la vida de D.<sup>a</sup> derivados fundamentalmente de su convivencia con una nueva pareja, no lo es menos que, en la prueba pericial judicial practicada en la que se fundamenta la sentencia, se recoge la subsistencia de importantes deficiencias. Así se constata en el informe elaborado por la psicóloga forense tras una minuciosa exploración psicológica que le llevan a afirmar que «D.<sup>a</sup> presenta déficits en distintas áreas cognitivas y limitaciones en habilidades sociales, resolución de problemas, carece de herramientas y conocimientos sobre educación, estilos educativos etc. necesario para el cuidado, atención y educación de un hijo», constatando igualmente la existencia de «limitaciones en habilidades sociales e interpersonales, resolución de problemas y conflictos, utilización de recursos comunitarios».

Al margen de la situación y capacidades actuales de la madre biológica, la decisión judicial impugnada no se fundamenta en las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida administrativa de protección de la menor para declarar si se ajusta o no a Derecho, sino que precede a su anulación, únicamente en base a los supuestos cambios producidos con posterioridad en las circunstancias de la madre biológica.

Según el recurrente la normativa invocada y la jurisprudencia que la aplica son las circunstancias existentes en el momento de dictar la medida de protección las que deben ser valoradas para determinar si se ajusta o no a Derecho sin que puedan ser desvirtuadas por un supuesto cambio en las circunstancias personales y sociales de los padres biológicos. No hay que olvidar que el análisis debe tener en cuenta todas las circunstancias desde el momento del nacimiento del menor.

Como segundo elemento decisivo, si comparamos la sentencia impugnada con el contenido del informe elaborado por la psicóloga forense, se constata que la misma se fundamenta únicamente en la parte del mismo relativa a la descripción de la capacidad psicológica de D.<sup>a</sup> así como las circunstancias de su nuevo entorno y su nueva pareja y desconoce las importantes valoraciones periciales relativas a la menor y las consideraciones sobre lo más conveniente para su interés.

Resulta fundamental el contenido del informe obviado por la sentencia sobre todo el poco tiempo que la menor ha convivido con su madre biológica y el largo periodo de su vida transcurrido en el seno de la familia acogedora. Tras un exhaustivo examen de la menor, la psicóloga forense afirma que «... se encuentra totalmente integrada y adaptada social, escolar y familiarmente», «se encuentra adaptada a la familia preadoptiva que ve como su padre y su madre», añade que «un cambio en la situación de la menor» podría generar «un desajuste psicológico con problemas emocionales, de estrés y ansiedad. Problemas conductuales de agresividad o mal comportamiento así como dificultades para adaptarse al nuevo entorno social y escolar, con posibles problemas de aprendizaje. Y problemas a nivel afectivo, de tristeza o depresión infantil». Por todo ello, concluye que «valorando el interés de la menor en función de su edad, personalidad y ajuste psicosocial, además del deseo de la menor, se aconsejaría mantener la situación actual y concluir el proceso de adopción iniciado».

Comparte la importancia que la sentencia impugnada reconoce al citado informe pericial pero no cabe desconocer las consideraciones del mismo referentes a la menor para considerar solo el relativo a la madre biológica, ya que ello supondría con vulneración de la normativa invocada, priorizar el interés de los progenitores sobre el de los niños.

Estas dos circunstancias, procedencia de la medida de protección en el momento de ser adoptada y conveniencia para el interés de la menor de consolidar su situación actual con los padres acogedores, resultan determinantes en la resolución del presente conflicto. Su concurrencia pone de manifiesto que el sentido de la resolución judicial impugnada ha sido determinado, fundamentalmente, por el interés de la madre biológica y desconoce el interés de la menor.

Si bien es cierto que a la vista de la normativa citada el interés de la madre biológica es absolutamente digno de protección, no lo es menos que debe estar supeditado al interés de la menor en aplicación de las previsiones de los artículos 172.4, 173.2 y 3 CC. Especialmente claro resulta el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección de Menores, cuando afirma que en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En consecuencia, la sentencia impugnada al no priorizar el interés de la menor por encima de cualquier otro infringe la normativa aplicable.

Motivo segundo. «El presente recurso de casación se interpone al amparo de lo establecido en el apartado 477.2.3.º LEC, por presentar su resolución interés casacional por el doble motivo de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.»

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Todas las resoluciones judiciales invocadas como fundamento del presente recurso tienen en común la adopción de medidas de protección por los correspondientes Servicios Sociales y la oposición a las mismas de los padres biológicos.

La controversia jurídica radica fundamentalmente en la forma de solventar el conflicto entre el interés del menor y los derivados de la reinmersión en su familia biológica así como en la determinación de la incidencia de posibles cambios en la situación fáctica de los padres biológicos producidos con posterioridad a la resolución de protección adoptada por la Administración.

A la hora de resolver el conflicto se dan dos respuestas diferentes. Existe un primer grupo de resoluciones de las audiencias provinciales, entre las que se encuentran la recurrida, que estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que esta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción.

Existe una segunda postura jurisprudencial contrapuesta a la anterior que prioriza el interés del menor por encima de la posibilidad de reinmersión en su familia biológica y considera que las circunstancias a tener en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir.

Esta segunda postura es la mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias dictadas por su Sala de lo Civil de 31 de diciembre de 2001 y 23 de mayo de 2005 en las que se reitera que las circunstancias que procede considerar son las concurrentes en el momento de la adopción de la inicial resolución de desamparo y que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro por legítimo que este sea.

Según la citada STS de 31 de diciembre de 2001 la particularidad de la actual modificación de las circunstancias familiares respecto a que los tres menores permanecen ahora en compañía de su madre y la recuperación de ésta, no empece a la decisión desestimatoria adoptada pues el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida en el mes de agosto de 1991 cuando la tutela de los mismos fue asumida por la entidad demandante.

La citada STS de 23 de mayo de 2005 mantiene las medidas de protección adoptadas con la consiguiente privación de la patria potestad de los padres biológicos en atención al «favor filii», mantiene la sentencia del Juzgado y anula la de la Audiencia con retirada de la patria potestad a los padres.

La resolución impugnada contradice esta doctrina jurisprudencial pues declara que «La Sala entiende que la intervención de la Administración, aun cuando la asunción de la tutela automática estuviera justificada, que no lo ponemos en duda...» concluye que a la vista de los cambios producidos en las circunstancias de la madre anula las medidas de protección inicialmente adoptadas y desconoce la recomendación del informe pericial judicial que considera que el interés de la menor aconseja su mantenimiento en la familia de acogida.

Motivo tercero. «A mayor abundamiento, con carácter subsidiario, cabe fundamentar el interés casacional en los diversos pronunciamientos contradictorios de las audiencias provinciales.»

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La primera de las posturas anteriormente mencionadas, además de en la resolución impugnada se recoge en la SAP de Sevilla de 12 de junio de 2000, en un supuesto en que la declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo de los menores se debió a la alcoholemia de la madre y considera que la madre sigue tratamiento rehabilitador y desde abril de 1997 mantiene abstinencia absoluta de bebida alcohólica, habiendo sido la evolución en dicho periodo notable y prioriza la inserción del menor en su propia familia, para concluir que la situación potencialmente peligrosa para los menores fue pasajera y estimando el recurso deja sin efecto la resolución recurrida y afirma que no existe situación legal de desamparo y, por tanto, tampoco procede el acogimiento preadoptivo que quedará sin efecto a fin de que los dos menores sean devueltos de inmediato a su madre. Postura sustancialmente idéntica a la de la resolución impugnada.

La postura contraria se mantiene en la SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2002, en la que, aun habiéndose constatado la evolución favorable de los padres biológicos desestima el recurso de apelación, pues ha de ponderarse en atención a la situación objetiva del menor y no en consideraciones de exclusivo interés de los progenitores.

En el mismo sentido, la SAP de Baleares de 11 de marzo de 2005, según la cual es preciso tomar en consideración la situación tal cual esta se presentaba en el momento en que se adoptó la decisión de protección y asunción de la tutela administrativa. Los hechos posteriores, la evolución de la madre en cuanto a su capacidad para volver a asumir el pleno ejercicio de sus responsabilidades parentales, la prospección o el diagnóstico futuro no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a Derecho.

Es evidente la contradicción existente entre estas dos últimas sentencias y la postura mantenida por la recurrida y la citada SAP de Sevilla de 12 de junio de 2000.

Termina solicitando de la Sala que, tras los trámites legales oportunos, con estimación del presente recurso, dicte sentencia casando y anulando la resolución recurrida y declarando ser ajustada a Derecho la resolución dictada

por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Toledo, confirmatoria de la declaración de desamparo de la menor , acordando asimismo su acogimiento familiar preadoptivo a favor de las personas que constan en el expediente como acogedores, con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica.

**SEXTO.** - Por ATS de 28 de octubre de 2008 no se admiten los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D y D.<sup>a</sup> y se admite el recurso de casación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por razones de interés casacional.

**SÉPTIMO.** - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Primero. Se basa el recurso de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como lo resume la Sala en el Auto de 28/10/2008, en la infracción del art. 172.4 CC y el art. 2 de la LO 1/96 alegando interés casacional por oposición a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo plasmada en sus sentencias de 31/12/2001 y 23/05/2005 así como en jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales y todo ello al entender que la procedencia de la declaración de desamparo de menores debe examinarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la inicial resolución, ignorando con ello circunstancias sobrevenidas con posterioridad aunque de ellas resulte que han desaparecido los elementos que configuraron la situación de desamparo.

Sorprende que el motivo de casación de la Junta se articule únicamente sobre dicha base como si la sentencia recurrida tan solo hubiera tomado en consideración circunstancias sobrevenidas de la madre biológica para estimar nuestro recurso de apelación. Aunque sin perjuicio de que dichas causas sobrevenidas acrediten que la situación de desamparo desapareció, la Audiencia Provincial de Toledo criticó la actuación de los Servicios Sociales de la Junta en el mismo momento de adoptar su resolución de desamparo reprochando a la Administración una clara precipitación e injusticia a la hora de adoptar tal resolución atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo momento de adoptarse.



Segundo. La Audiencia Provincial de Valencia partidaria de la línea jurisprudencial alegada por la Junta como interés casacional dice en su sentencia 477/2003, de 25 de septiembre que el control jurisdiccional de ese tipo de resoluciones de la Administración en materia de protección de menores es un pilar básico de todo el sistema legal de protección que debe proyectarse tanto sobre los requisitos formales de la resolución administrativa -esto es y muy especialmente la motivación de la misma exigida por el art. 54 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- cuanto sobre los requisitos de fondo de la misma en concreto sobre el control de la proporcionalidad de la medida protectora adoptada, esto es si responde a una situación de desamparo o de mero riesgo detectado y si se han agotado las medidas establecidas en la Ley de protección de menores sobre ayudas a la familia biológica del menor a la que se da preferencia como lugar de normal desarrollo del menor (art. 11-2b LO 1/96).

Y es precisamente en referencia a la desproporción de la medida adoptada por la Junta en torno a lo que gira fundamentalmente el fallo de la sentencia recurrida y no tanto en relación con las circunstancias de la madre biológica acaecidas con posterioridad a la resolución de desamparo.

Tercero. Asimismo, la Audiencia Provincial de Sevilla (también seguidora de la línea jurisprudencial alegada por la recurrente), en auto de 25 marzo 1996, RA n.º 1466/1995, declaró que la situación de desamparo que contempla el artículo 172.2. CC se configura como una situación objetiva o de hecho que, según reiteradísima jurisprudencia excluye toda idea o acusación culpabilística. No implica pues una situación de abandono de los menores sino de desamparo en tanto en cuanto se encuentran privados de la necesaria asistencia moral o material. Y aunque el párrafo 4 del citado precepto, artículo 172 CC, da prioridad a la reinmersión de los menores en la familia biológica respecto al acogimiento preadoptivo, no es menos cierto que solo deben los Tribunales modificar dicha situación de acogimiento por desamparo cuando exista prueba suficiente de que, mediante dicha reinmersión, los derechos e intereses de los menores quedarán suficientemente protegidos.

Es decir, incluso para tribunales partidarios de la línea que atiende fundamentalmente a las circunstancias concurrentes en el momento de dictarse la resolución de desamparo cabe la posibilidad de que, si «a posteriori» de dicha resolución los derechos e intereses de los menores

quedan protegidos, los tribunales puedan modificar tal situación de acogimiento por desamparo reintegrando al menor a su familia biológica.

Cuarto. Las sentencias del Tribunal Supremo alegadas como interés casacional versan sobre unos hechos bastante alejados de los que se han enjuiciado en el presente litigio sobre todo en el supuesto de la sentencia de 31/12/2001 que versa sobre una situación de adopción por un desamparo «circunstancial».

Quinto. Lo anterior debe llevarnos a evaluar las circunstancias concretas acaecidas en el supuesto desamparo de la menor , decretada por unos hechos no acreditados en el expediente administrativo (que en ningún momento la sentencia de la Audiencia Provincial tiene por ciertos) y que chocan con una actuación prepotente y prejuiciosa de la Administración criticada por la sentencia recurrida.

Hasta la fecha, la madre biológica no ha perdido la tutela de su hija menor y se trata de un proceso de desamparo (acaecido de forma temporal hace ya más de 5 años) y acogimiento.

Pese al tenor literal de la sentencia de apelación la madre biológica lleva todo ese tiempo sin saber absolutamente nada de su hija, sin habersele concedido siquiera el derecho a visitarla eventualmente.

En el marco de las situaciones de desamparo y acogimiento es abundantísima la jurisprudencia que trata de la cesación de dichas situaciones de donde debe concluirse que en tales situaciones el criterio a tener en cuenta no es tan solo el relativo a las circunstancias concurrentes en el momento de dictarse la resolución de desamparo, sino todas ellas, coetáneas y posteriores, siempre que no perjudiquen el superior interés del menor y sean compatibles con los postulados del art. 172 CC.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia motivándola en hechos y circunstancias relativos y coetáneos a la propia resolución de desamparo, teniendo carácter secundario la mejora de las circunstancias de la madre biológica con posterioridad a esa resolución, de tal manera que la jurisprudencia citada como de interés casacional pierde su aplicabilidad al supuesto de hecho.

Termina solicitando de la Sala que, teniendo por presentado este escrito y por hechas las manifestaciones en el contenidas, se sirva admitirlo, y, en su virtud, tenga a esta parte por opuesta al recurso de casación interpuesto por la

representación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Dictando en su día sentencia por la que lo desestime íntegramente.

**OCTAVO.** - El Ministerio Fiscal informa, en resumen, lo siguiente:

Apoya los motivos interpuestos con base en las siguientes consideraciones:

No se trata a través de este cauce casacional de cuestionar la valoración de la prueba practicada por el Tribunal de Instancia, ni de atacar el *factum* de la resolución recurrida, sino de revisar la valoración que del interés del menor hace la sentencia partiendo de los hechos declarados probados siendo posible tal revisión en casación al ser el interés del menor, un concepto jurídico indeterminado, y en este sentido cita la STS de 23/5/2005, rec. 2046/2001 según la cual la determinación del mayor beneficio para el menor («favor filii»), independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración (como «concepto jurídico indeterminado» que es) de una calificación jurídica, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación.

La LOPJM introduce de forma expresa el interés del menor como principio rector en la aplicación de la Ley al establecer su art. 2 que en su aplicación primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en el art. 11.2 de dicho texto legal, en consonancia con el art. 39.2 CE, art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas de 20/11/1989, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo, resolución A3-0172/92, entre otros instrumentos internacionales.

Al ser de un concepto jurídico indeterminado corresponde al juez en la aplicación de la ley, llenar de contenido efectivo tal concepto, al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, utilizando nuestros tribunales la técnica jurídica casuística.

En este supuesto el Juzgador "a quo", en el fundamento jurídico segundo, declara como hechos probados los siguientes: la menor nació el 13 de abril de 2001, y ya en mayo de ese año comenzó la intervención administrativa respecto de sus progenitores y en relación con la misma, poniéndose de manifiesto en el informe del Ayuntamiento de Toledo cómo desde el nacimiento de la menor la pareja tuvo problemas económicos, con ayuda para comprar la leche infantil en junio de 2001, fecha en que se produjo el ingreso hospitalario por malnutrición de la menor, señalándose que al comienzo de la intervención,

la menor presentaba unos cuidados aceptables aunque valoraba la conveniencia de asistir al Centro de Atención a la Infancia, para garantizar la continuidad de los cuidados. La abuela paterna, perteneciente a una familia normalizada, siempre estuvo cerca, supervisando y realizando el cuidado de las comidas y de la casa en la medida que D<sup>a</sup>. lo permitía. Se detectan en la pareja carencias referidas a pautas de alimentación y organización doméstica, horarios y cuidados del bebe. A ello se añaden rumores de que la madre se dedica a la prostitución y juega a las máquinas. Todas estas circunstancias dieron lugar a la asunción de la tutela automática el día 2 de abril de 2003.

En el momento actual, se pone de manifiesto en la prueba pericial psicológica practicada por el propio juzgado, como la recurrente pertenece a una familia muy humilde con escasos recursos económicos, apenas sabe leer y escribir, llevando actualmente conviviendo con una nueva pareja, fruto de cuya unión acaba de tener una hija; la pareja percibe ingresos económicos y tienen tierras propias que le permiten vivir con dignidad. La pareja tiene una buena relación personal con D<sup>a</sup>. manifiesta que quiere a la menor como si fuera hija suya. D<sup>a</sup>. un retraso mental leve referido a su capacidad adaptativa influida negativamente por su bajo nivel sociocultural y económico, inasistencia a la escuela, poca memoria y mala cualificación laboral. Tiene limitaciones en habilidades sociales (la compra, el dinero, la casa). Respecto a los conocimientos sobre educación de una menor, admite que no entiende de esos y que vería lo que haría.

El Juzgador «a quo», describe en el referido fundamento jurídico la situación en que se encontraba la menor que dio lugar a la intervención administrativa y la situación actual de la madre biológica, para ponderar el interés superior del menor a los efectos de determinar si procede o no dejar sin efecto las resoluciones administrativas de desamparo y acogimiento preadoptivo y reintegrar a la menor a su familia biológica.

Pero al valorar el interés del menor prescinde de analizar si las circunstancias actuales de la madre biológica pueden asegurar a la menor, un desarrollo armónico integral desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad y la incidencia que el posible cambio al reintegrarse a su familia biológica puede tener en su personalidad y en su futuro, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con sus padres acogedores poniendo el acento en la crítica a la actuación administrativa por la urgencia con la que actuó en este

caso y por no agotar la intervención social con la madre biológica a fin de que adquiriera las habilidades adecuadas para la correcta educación y cuidado de la menor.

El juzgador «a quo», tiene en cuenta en la determinación del interés de la menor, el de la madre biológica, que antepone al de esta, al afirmar: « que la pobreza, ni la incultura, ni la poca inteligencia, son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo, cuando la madre puede recibir ayuda para adquirir las habilidades suficientes», no resolviendo el conflicto entre lo que es más favorable para la menor y su derecho a permanecer con su familia biológica.

Partiendo de los datos objetivos contenidos en la sentencia de instancia es claro que la intervención administrativa estuvo justificada, extremo que no cuestiona el Juzgador «a quo», al concurrir no solo una situación estructural de pobreza y marginación desfavorable a la menor sino también la enfermedad mental de la madre que a pesar de la intervención de los servicios sociales, le impidió cuidar adecuadamente de ella, lo que se tradujo en un ingreso hospitalario por malnutrición poniendo en peligro de forma grave su integridad física y privándola de un entorno familiar mínimamente favorable para satisfacer sus necesidades.

Si comparamos las circunstancias concurrentes cuando se acordó la intervención administrativa y la situación actual de la madre del menor apenas si han sufrido variación, salvo el hecho de convivir con una nueva pareja y tener un nuevo hijo pero existen las mismas deficiencias por la enfermedad mental que padece, no acreditándose hechos constatables que aseguren que la familia biológica puede proveer de forma adecuada a las necesidades materiales básicas o vitales de la menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.

Si ponderamos la situación de la menor que en la actualidad tiene 7 años y está perfectamente integrada con sus padres acogedores con los que convive desde los 2 años y los riesgos que para ella puede conllevar una decisión judicial que acuerde la vuelta a la familia biológica cabe concluir que en el interés de la menor se debe acordar la continuidad de la situación actual.

Tal criterio es seguido por esta Sala, en la STS de 23/5/2005, rec. 2046/2001, en un supuesto exactamente igual al ahora enjuiciado según el cual hay otro dato a tener en cuenta y es la colisión que de mantener la

sentencia de la Audiencia se produciría para entorpecer mas aún las atenciones que se merece la niña y ello por la colisión que se produce, con la dificultad de aunar ambas decisiones para su respectivo cumplimiento entre dicha sentencia y la que se dicta por la misma Audiencia (aunque por otra Sección), en el expediente y juicio de oposición a la tutela de la menor asumida por la Administración, la que ha quedado firme, y es por ello ejecutoria.

Para evitar tales situaciones que son contrarias al interés del menor, la LO 54/07, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional, en la disposición final primera, modifica los apartados 3 y 6 y se adicionan dos nuevos apartados séptimo y octavo al artículo 172 CC, que pasan a tener la siguiente redacción.

«3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor.

Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.

Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal

sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo».

El propósito del legislador con esta nueva regulación es tratar de evitar situaciones como la que es objeto del presente pleito y el mantenimiento de la situación familiar de la menor, ya que cualquier modificación puede ser perjudicial para su desarrollo evolutivo y, en consecuencia, contraria al interés del menor.

La sentencia de instancia no valora, partiendo de los hechos probados, el interés del menor, de forma razonable, en la medida que hace prevalecer el interés de la familia biológica oponiéndose a la jurisprudencia contenida en las SSTS citadas por la recurrente y vulnera los preceptos legales citados que ordenan la prevalencia del interés del menor como norma general frente a otros bienes en conflicto por lo que interesa la estimación del presente motivo del recurso de casación interpuesto.

Al motivo segundo. Por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.

Es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es la alternativa metodológica más razonable al sistema o técnica jurídica de tipo inevitablemente casuista de nuestros tribunales por culpa y a consecuencia de las cláusulas generales y su necesaria determinación en cada caso concreto.

En este sentido según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes:

a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.

b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo.

d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.

A título de ejemplo, cita los sistemas anglosajones que establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar el interés del menor y, en este sentido, el derecho inglés, en la Children Act 1989, fija los siguientes:

a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): mas el deseo del niño no es vinculante para el juez sino uno más entre otros datos que considerar. A los comentaristas preocupa que lo que el menor exprese sea realmente lo que piensa y desea y no el resultado de un lavado de cerebro o presión de un progenitor o que el niño sea incapaz de expresar su preferencia por desear estar con ambos padres o no desagradar a ninguno. Para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez u obtenerlo por medio de expertos o del guardián ad litem.

b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales. Como necesidades físicas son entendidas, sobre todo, el alojamiento, alimentación y vestido apropiados; ellas y las educativas, vinculadas a la personalidad del padre o madre con quien pasa a vivir tras la separación o divorcio son particularmente



trascendentes a la hora de decidir la custodia; las emocionales suelen ir muy relacionadas con la edad y personalidad del menor de difícil y muy subjetiva valoración, para lo que se emplea el asesoramiento de psiquiatras, psicólogos y los «welfare officers».

c) El efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor): se valora aquí la incidencia que pueda tener para este el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses de acuerdo con la doctrina tienden a no variar el statu quo del menor salvo necesidad y afecta por igual en relación con padres y madres. Este factor es importante en las disputas sobre visitas cuando esas relaciones han terminado efectivamente por la falta de relación.

d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante. La influencia de la edad es relacionada con otros datos, como la educación y deseos del niño. El sexo, aunque menos que en otros tiempos, sigue teniendo importancia en cuanto se considera todavía que el progenitor del mismo sexo puede comprender mejor al hijo o hija. Entre los factores incluidos en este apartado están las convicciones religiosas del menor y de los padres, origen racial, ambiente cultural y lingüístico, particularmente relevantes en la concesión de la custodia o de un régimen de visita y relaciones para preservar tales factores circunstancias del niño.

e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo. Como daño es considerado el maltrato y los peligros para la salud o el desarrollo (cfr. Children Act 1989, sect. 105 [1] Y 31 [9]). En esa inteligencia, son tomados en consideración los riesgos para el menor procedentes de la clase de vida del padre o de la madre. El abuso sexual es el de más frecuente alegación, y los tribunales exigen que se pruebe su alta probabilidad de realidad, y que ese abuso excluye necesariamente la custodia o las relaciones con el menor en ciertas condiciones.

f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades [del menor]. Ese dato, capacidad del padre/madre, ha desplazado a su conducta o culpabilidad en la crisis matrimonial (que es ahora irrelevante para la asignación de la custodia de los hijos). Sin embargo, la homosexualidad de los progenitores sigue influyendo (así, se ha considerado contrario al *child's welfare* el confiarlo a una mujer lesbiana basándose en que perjudicaría socialmente al niño). Otras veces los tribunales atienden a circunstancias materiales, localización geográfica y

carácter de las personas con quien el menor va a relacionarse (por ejemplo, su convivencia con otra persona, o la nueva esposa de su padre y su capacidad para asumir responsabilidades con el menor); también incluyen las condiciones religiosas y otras de la persona con quien se relacione, y su repercusión en el menor. Este factor (apartado f) tiene particular trascendencia en las *contact orders* (resoluciones judiciales sobre visita).

g) El rango de las facultades a disposición del tribunal. Este factor es la expresión de la «regla de la mínima intervención judicial» -la sección 1 (5) de la Children Law Act 1989 lo enuncia como Presumption 9f No Order: los tribunales pueden optar por no intervenir si ello puede crear otros conflictos o cuando las partes están en condiciones de llegar a acuerdos privados (aunque estos no tengan el mismo alcance que las decisiones judiciales); la actuación del juez requiere que su resultado sea para el menor mejor que la inactividad.

Estima necesario que la Sala, para facilitar la aplicación de la norma, fije unos criterios mínimos orientativos que los tribunales deban tener en cuenta en la concreción del interés del menor, sin perjuicio de que puedan utilizar otros al ponderar el interés del menor.

A la vista de lo expuesto procede la estimación del segundo motivo del recurso de casación interpuesto.

**NOVENO.** - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 7 de julio de 2009, en que tuvo lugar.

**DÉCIMO.** - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

ATC, auto del Tribunal Constitucional.

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

FD, fundamento de Derecho.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJM, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RA, recurso de apelación.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TC, Tribunal Constitucional.

TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**, que expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.** - *Resumen de antecedentes.*

1. El Juzgado de Primera Instancia acordó desestimar la impugnación presentada por la madre biológica de una menor contra la declaración de desamparo y acogimiento de ésta y acordó la constitución del acogimiento preadoptivo por determinadas personas, con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica.

2. El Juzgado se fundó, en síntesis, en que (a) existe negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja, negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, y ejercicio de la prostitución estando presente el marido y la hija en una primera etapa; (b) en el momento de decidir la madre biológica, que convive con una nueva pareja y tiene un bebé, se encuentra adaptada y con estabilidad familiar, pero según la prueba pericial psicológica presenta déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales; (c) según la prueba pericial psicológica, dado que la menor se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente es aconsejable mantener su situación actual y concluir la adopción, dado que un cambio en la situación podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y comportamiento.

3. La Audiencia Provincial revocó esa resolución y declaró no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo, sin

perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales de las medidas pertinentes.

4. La sentencia se funda, en síntesis, en que (a) la Administración en el momento en que asumió la tutela automática por desamparo de la menor no intentó corregir la situación, que no era irreversible, sino que apartó a aquella por todos los medios de su madre; (b) la Administración propuso con urgencia innecesaria la búsqueda de una pareja para formalizar el acogimiento preadoptivo judicial; (c) la asunción de la tutela automática estuvo justificada, pero la Administración no intentó por todos los medios a su alcance conseguir que fuesen los padres quienes desarrollasen adecuadamente sus responsabilidades paterno-filiales, favorecer en la madre la adquisición de las habilidades adecuadas y fomentar el contacto entre madre e hija; (d) los problemas económicos no eran acuciantes, atendidas las circunstancias, ni la desatención de la menor tan grave como para justificar la privación a una madre biológica de su hija, la cual debe quedar reservada para supuestos gravísimos; (e) la madre ha tenido recientemente una nueva hija y sin embargo no consta en el expediente que se haya adoptado ninguna medida de protección respecto de ella.

5. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por presentar interés casacional.

**SEGUNDO.** - *Enunciación de los motivos de casación.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«De acuerdo con lo establecido en el artículo 477.1 LEC, el recurso se funda en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En el presente caso se denuncia la infracción legal del artículo 172 CC que, tras definir la situación legal de desamparo, establece, en su número 4, que se buscará siempre el interés de menor, así como el artículo 2 LOPJM, conforme al cual "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", incluida la reinmersión del menor en su propia familia.

»Igualmente se invoca una inadecuada aplicación de la restante normativa invocada en la sentencia impugnada, entre la que cabe citar los diversos Convenios y Tratados Internacionales, concretamente "La Convención

de Derechos del Niño", de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y la "Carta Europea de los Derechos del Niño", aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida: (a) reconoce que la medida inicialmente adoptada por la Administración estaba justificada; (b) no se fundamenta, en contra de la jurisprudencia, en las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida administrativa de protección de la menor, sino únicamente en los supuestos cambios producidos con posterioridad en las circunstancias de la madre biológica (a pesar de que la prueba pericial judicial practicada en la que se fundamenta la sentencia recoge la subsistencia de importantes deficiencias, aspecto que la sentencia desconoce); (c) desconoce el contenido del informe sobre el poco tiempo que la menor ha convivido con su madre biológica y sobre el largo periodo de su vida transcurrido en el seno de la familia acogedora y la opinión de la psicóloga según la cual un cambio de situación provocaría un desajuste psicológico con problemas emocionales, de estrés y ansiedad, entre otros; (d) estas dos últimas circunstancias resultan, a juicio de la parte recurrente, determinantes, y la sentencia, al no tenerlas en cuenta, desconoce la supeditación del interés de la madre biológica al interés de la menor por encima de cualquier otro.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«El presente recurso de casación se interpone al amparo de lo establecido en el apartado 477.2.3.º LEC, por presentar su resolución interés casacional por el doble motivo de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.»

El motivo se funda, en síntesis, en que algunas audiencias provinciales, entre las que se encuentra la recurrida, estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideran que para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que ésta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción. Por el contrario, otras audiencias provinciales valoran el interés del menor por encima de la posibilidad de reinmersión en su familia biológica y consideran que las circunstancias que deben tenerse en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con

independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir. La recurrente afirma que esta segunda postura, contradicha por la sentencia recurrida, es la mantenida en las SSTS de 31 de diciembre de 2001 y 23 de mayo de 2005.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«A mayor abundamiento, con carácter subsidiario, cabe fundamentar el interés casacional en los diversos pronunciamientos contradictorios de las audiencias provinciales.»

El motivo se funda, en síntesis, en la existencia de diversas sentencias de audiencias provinciales, que cita, en las cuales se recogen respectivamente las posturas contrapuestas expresadas en anterior motivo de casación, una de las cuales resulta contradictoria con la sentencia recurrida.

Los tres motivos de casación, los cuales, por estar estrechamente relacionados entre sí, deben ser estudiados conjuntamente, deben ser estimados.

### **TERCERO. - Cuestiones planteadas.**

El CC establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la tutela del menor (artículo 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (artículo 173.3 II y 173 bis.1.º CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (artículo 173 bis.2.º y.3.º CC).

Se establece que las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil (artículo 172.6 CC) y que los padres pueden solicitar durante el plazo de dos años la revocación de la declaración de desamparo del menor si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (artículo 172.7 CC).

El asunto que enjuiciamos plantea dos cuestiones en la aplicación de esta regulación:

1) Si es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por el contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la

Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.

2) Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

**CUARTO. - Doctrina contradictoria en las audiencias provinciales.**

Sobre estas dos cuestiones existe doctrina contradictoria en las audiencias provinciales, por lo cual es procedente el examen del recurso de casación admitido por la concurrencia de interés casacional.

1) En relación con la cuestión recogida en el FD 3 1) se registra la posición de algunas audiencias provinciales, las cuales mantienen que el juez, en la impugnación de la declaración de desamparo, debe atenerse exclusivamente a las circunstancias que concurrían en el momento en que se produjo la declaración (SAP Baleares, Sección 3.<sup>a</sup>, 11 de marzo de 2005, RC n.º 601/2004, según la cual «[l]os hechos posteriores [...] no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho»; SAP Rioja, 13 de octubre de 2008, RA n.º 232/2008; SAP Sevilla, Sección 2.<sup>a</sup>, 3 de junio de 2008, RA n.º 1709/2008; SAP Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, 21 de diciembre de 2007, RA n.º 505/07, SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 2007, RA n.º 606/2006; SAP Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, 22-06-2007, RA n.º 650/06).

La parte recurrente cita, como posible expresión de esta posición, la STS 31 de diciembre de 2001, RC n.º 2813/1996. La argumentación de esta sentencia en el punto controvertido no puede ser considerada como expresión de una doctrina jurisprudencial, pues en ella la afirmación de que «el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida [...] cuando la tutela de los [menores] fue asumida por la entidad demandada» no se presenta como razón operativa para resolver la cuestión planteada en el recurso, sino como argumentación incidental para descartar la relevancia de una alegación que la Administración, al defender la declaración de desamparo, hizo a título de reserva sobre la existencia de una modificación de las circunstancias familiares.

En sentido contrario, tienen en cuenta la modificación de las circunstancias familiares posterior al momento de la declaración de desamparo

para valorar si debe o no mantenerse, con independencia de que inicialmente haya sido procedente, entre otras, la SAP Sevilla, Sección 6.ª, 12 de junio de 2000, RA n.º 3044/1999, SAP Valencia, Sección 10.ª, 29 de noviembre de 2002, RA n.º 781/2002, SAP Castellón, Sección 2.ª, 25 de noviembre de 2008, RA n.º 79/2008; SAP León, Sección 1.ª, 30 de enero de 2008, RA n.º 373/07.

2) En relación con la cuestión planteada en el FD 3 2), algunas sentencias de las audiencias provinciales reconocen una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo. Consideran la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica (SAP Toledo de 21 de noviembre de 2006, RA n.º 245/2006, aquí recurrida; SAP Castellón, Sección 2.ª, 25 de noviembre de 2008, RA n.º 79/2008; SAP Sevilla, Sección 2.ª, 31 de octubre de 2006, RA n.º 5467/06).

Otras sentencias de las audiencias provinciales, en una posición que puede calificarse de mayoritaria, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se 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 retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico (SAP Sevilla, Sección 6.ª, 12 de junio de 2000, RA n.º 3044/1999, SAP Valencia, Sección 10.ª, 29 de noviembre de 2002, RA n.º 781/2002, SAP Sevilla, Sección 2.ª, 11 de julio de 2008, RA n.º 3919/2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, 21 de abril de 2008, RA n.º 515/07; SAP León, Sección 1.ª, 30 de enero de 2008, RA n.º 373/07; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 15 de mayo de 2007, RA n.º 74/07; SAP Alicante, Sección 6.ª, 21 de febrero de 2007, RA n.º 16/07; SAP Barcelona,



Sección 18.<sup>a</sup>, 25 de enero de 2007, RA n.º 551/06; SAP Orense, Sección 1.<sup>a</sup>, 27-07-06, RA n.º 26/06; SAP Cádiz, Sección 2.<sup>a</sup>, 20 de enero de 2006, RA n.º 119/05).

Esta última posición resulta acogida por la STS 2 de julio de 2001, RC n.º 133571996, que considera razonable el mantenimiento del acogimiento residencial «a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero».

**QUINTO.** - *Consideración de la modificación de circunstancias posterior al inicio del proceso.*

Examinamos a continuación la cuestión recogida en el FD 3 A).

La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo (SSTS 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004, 23 de mayo de 2005).

La jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* [por ley] las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama «la exclusión de la preclusividad» (SSTC 75/2005, de 4 de abril, 58/2008, de 28 de abril), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio, consagra el principio de perpetuación de la acción disponiendo que «[n]o se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención». Este principio tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (artículo 412 LEC), y

la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

Esto último sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (artículo 172.4 CC). Este precepto, como expone el Ministerio Fiscal, atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* [perpetuación de la acción] que rige en el proceso civil.

En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

**SEXTO.** - *Ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica.*

El artículo 172.4 CC, establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia».

El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre.

Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»).

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

Esta orientación de nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional e internacional del *favor minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 de abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987).

En conclusión, esta Sala sienta 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 o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se 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 retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

**SÉPTIMO.** - *Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.*

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a las siguientes apreciaciones, sustancialmente acordes con el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal:

a) La resolución recurrida, como pone de relieve la parte recurrente, establece que la asunción de la tutela automática estuvo justificada en el momento en que se adoptó.

b) Para valorar la procedencia o improcedencia de la declaración de desamparo impugnada y de la medida de acogimiento familiar preadoptivo

solicitada es menester tener en cuenta la evolución posterior de la madre biológica en el terreno de la realidad, independientemente de las causas que puedan haber influido en ella, incluido el mayor o menor acierto de la Administración en las medidas adoptadas.

c) El propósito expresado por la madre biológica de asumir su rol parental y de atender adecuadamente a la menor en sus nuevas circunstancias familiares, puesta de manifiesto en el informe pericial, no es por sí suficiente para garantizar que la reintegración al entorno de la familia biológica es adecuado al interés de la menor.

d) Aunque se ha acreditado una evolución favorable en la situación de la madre biológica, el tenor del dictamen pericial emitido en el proceso no permite asegurar que esta evolución sea suficiente para eliminar el riesgo de desamparo de la menor si se restablece la unidad familiar, pues, entre otros factores, depende según el dictamen pericial, de hechos circunstanciales, como su vida en pareja.

e) La anterior conclusión se justifica en el hecho de que en el dictamen pericial se manifiesta que la madre continúa padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. La posibilidad de superar estos déficits mediante la ayuda de otras personas y de los servicios sociales no aparece en un examen del conjunto de circunstancias como suficientemente segura, por existir antecedentes de rechazo por la madre biológica de la ayuda de parientes y de los servicios sociales para la debida atención a la menor.

f) Las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que se compense el interés de la menor en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra, dados los hechos que se destacan el informe pericial acerca de su edad y el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su satisfactoria integración en ella, la aparente falta de referencias parentales de la menor hacia su madre biológica registrada en la exploración, y el riesgo de desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje, comportamiento y posible depresión en el caso de ser reintegrada a su familia biológica.

g) El hecho de que la madre esté a cargo de un nuevo hijo no desvirtúa las conclusiones anteriores, pues este hecho no demuestra por sí mismo que la reinserción familiar de la menor que fue declarada en desamparo

sea procedente; las cargas parentales revisten mayor dificultad cuando el número de hijos es mayor; y el interés de la menor objeto de este proceso debe ser considerado, según acaba de verse, teniendo en cuenta no solamente las circunstancias de la familia biológica, sino también las derivadas de su actual situación de acogimiento.

**OCTAVO.** - *Estimación del recurso de casación.*

Siendo fundado el recurso de casación, y habiéndose éste interpuesto al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, procede casar la resolución impugnada y resolver sobre el caso declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia, de acuerdo con el art. 487.3 LEC. No procede imponer las costas a la parte recurrente, de conformidad con el artículo 398, en relación con el 394 LEC.

En consonancia con lo razonado, procede la desestimación del RA interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> , y la confirmación del auto de 1 de julio de 2005 dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 1 de Toledo en el procedimiento núm. 524/2003 sin imposición de costas a la parte apelante, dada la naturaleza del procedimiento.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **F A L L A M O S**

1.Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia de 21 de noviembre de 2006 dictada por la Audiencia Provincial de Toledo en el rollo de apelación n.º 245/2006, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando el recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> , debemos revocar y revocamos el auto dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia Núm. 1 de Toledo, con fecha uno de julio de dos mil cinco, en el procedimiento núm. 524/03 y en su lugar declaramos no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo de

la menor , con inmediata recuperación de su custodia y sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales, de cuantas medidas estén a su alcance en los términos que se señalan en las conclusiones del informe pericial que obra al folio 244 de las actuaciones».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> , y confirmamos el auto dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Toledo, con fecha 1 de julio de 2005, en el procedimiento núm. 524/2003.

4. Se sienta la siguiente doctrina:

A) Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

B) 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 o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se 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 retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

5. No ha lugar a la imposición de las costas causadas en el recurso de apelación ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos,

mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.