

MENOR EN ACOGIMIENTOS FAMILIAR ACORDADO POR LA ENTIDAD PÚBLICA. DIVORCIO DE LOS ACOGEDORES: MEDIDAS Y EFECTOS RESPECTO DEL MENOR

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

La situación de acogimiento familiar permanente de un menor acordado por la entidad pública, tras asumir la tutela administrativa a que se refiere el artículo 172.1 del Código Civil, si posteriormente se acuerda judicialmente el divorcio o la separación de los acogedores, cabe preguntarse si puede la sentencia que dicte el juzgado de familia correspondiente, el de primera instancia competente, adoptar medidas respecto de la menor referidas a la guarda y custodia o a la fijación de alimentos del menor, o incluso dejar sin efecto el acogimiento permanente administrativo concertado. La decisión dependerá de las siguientes consideraciones: el primer lugar, el interés del menor y del acogimiento familiar permanente que acordó la entidad pública con los parientes del menor. La sentencia de divorcio o separación no puede adoptar medidas definitivas respecto de los menores acogidos sujetos a tutela administrativa de la entidad pública, con suspensión de la patria potestad, pero sí cautelarmente en interés del menor como medida cautelar de protección las medidas económicas o personales que procedan hasta que se pronuncie la entidad pública sobre el acogimiento, su mantenimiento, su modificación y el alcance de esta.

Palabras claves: menores y acogimiento familiar.

Fecha de entrada: 11-09-2015 / Fecha de aceptación: 28-09-2015

ENUNCIADO

Una menor es acogida por sus abuelos desde los cinco meses de edad, tras acordarse por la entidad pública correspondiente la tutela automática que supuso la suspensión de la patria potestad de los padres biológicos. Durante este periodo de tiempo ha convivido con los abuelos, sin tener visitas ni relación alguna con sus padres; tampoco han tenido mucha relación con la entidad pública que únicamente se pone en contacto con ellos al menos cada seis meses, aunque en ocasiones han tardado mucho más tiempo en volver a valorar la situación de la menor y tampoco los abuelos han solicitado ni pedido nada a la entidad pública, ni siquiera cuando hacía años que finalizó una prestación que tenían por tener a la niña en acogimiento, lo que suponía un alivio económico. Ahora la niña tiene 8 años, y la abuela presenta demanda de divorcio contra el abuelo en la que pide medidas definitivas equivalentes a las que pudieran adoptarse con un hijo (patria potestad, régimen de visitas, pensión de alimentos), así como pensión compensatoria por la dedicación a la familia, la colaboración en el trabajo del esposo, la edad, los ingresos que tiene y su falta de cualificación profesional. El abuelo contesta pidiendo medidas definitivas oponiéndose a algunas de las solicitadas y referidas a la pensión compensatoria y las medidas económicas relacionadas con su nieta.

Cuestiones planteadas:

1. Planteamiento.
2. El interés del menor. El acogimiento familiar permanente.
3. Demanda de divorcio: efectos sobre la menor acogida.

SOLUCIÓN

1. No es infrecuente que personas acogedoras de un menor planteen durante el acogimiento el divorcio del matrimonio. En muchas ocasiones la cuestión no tiene mayor trascendencia y la cuestión se resuelve con la intervención en el procedimiento de divorcio de la entidad pública de protección de menores correspondiente, a los solos efectos del conocimiento de la situación generada a los efectos de valorar con quién debe seguir el acogimiento o en qué condiciones va a continuar, o bien poniendo fin al mismo.

Sin embargo, cuando tras muchos años de convivencia con un menor que tiene vínculos de parentesco con los acogedores, surge una situación de crisis matrimonial, y ante el poco seguimiento realizado del acogimiento, puede ocurrir que los acogedores piensen que son como si fueran auténticos padres, y por tanto traten de que las medidas que se adopten recojan todas aquellas que serían consecuencia de una demanda de divorcio-separación o de parejas de hecho.

Resolver si el juez del divorcio puede dictar medidas equivalentes a las que se acordarían en un procedimiento al uso, o bien ha de centrarse solo en aquellas medidas que no tienen relación con el menor, supone tratar de realizar brevemente un examen de lo que es un acogimiento permanente, administrativo en este caso, para decidir si el juez puede finalmente pronunciarse sobre las mismas. Si bien también debemos realizar igualmente un examen breve sobre el interés del menor y qué papel juega en un procedimiento de esta naturaleza cuando ya existe un acogimiento formalizado.

2. El interés del menor es el principio esencial al que debe atenderse, en aquellos supuestos en los que hay menores cuya situación puede verse afectada por la decisión que finalmente se adopte, en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española. Como dice el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño, asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, y así dice el artículo 3: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas». Asimismo, la Convención, en dicho preámbulo, reconoce que el niño, para su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, insistiendo el artículo 5 en el respeto a las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o, en su caso, de la familia extensa, de la que forman parte los abuelos, que ostentan respecto del menor una serie de facultades en consonancia con las obligaciones que la ley les impone.

Por tanto, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el dicho precepto, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia.

Tal interés superior ya se puso de manifiesto en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de acuerdo con la modificación realizada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y

a la adolescencia incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 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. Se modifica el artículo 3 para incluir la referencia oportuna a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, firmada por España el 30 de marzo de 2007, y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008; y adaptar el lenguaje en consecuencia, sustituyendo el término deficiencia por el de discapacidad. Dicho precepto dispone 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, primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, y que a continuación desarrolla. No debe olvidarse la normativa autonómica.

En toda la legislación late este principio vertebrador, que puede considerarse como el libre e integral desenvolvimiento de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias de los padres, tutores, guardadores o acogedores, Administraciones públicas, en orden a su desarrollo, físico, ético, cultural; salud y bienestar físico y a su afectividad unido a aspectos materiales, o bien simplemente con la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente diremos al respecto que la jurisprudencia ha proclamado este principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo. Así ha señalado que el interés del menor debe prevalecer

en cualquier caso sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquel con otros que pudieran darle la apariencia de serlo (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004, 23 de mayo de 2005, 31 de julio de 2009 y 21 de febrero de 2011, entre otras). Y como ha dicho el Tribunal Constitucional, los procesos en donde este interés se ventile tienen menor rigor formal, y admite que las medidas que se dicten se dicten en su interés, incluso con independencia de lo pedido por las partes (STC de 10 de diciembre de 1984).

En suma, exige su cumplimiento y para ello se atenderá la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que por un lado le sean más beneficiosas, y que permitan la reinserción en su 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 carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»).

En esta línea se ha de destacar la importancia que se viene dando, en las nuevas orientaciones legislativas, a la figura de los abuelos y a las relaciones con los nietos, en cuanto la exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, expresa que estos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de la Constitución mencionado.

Continúa diciéndose en ella que el interés del hijo, principio rector en nuestro Derecho de familia, vertebraba un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores.

En el caso que se propone se distingue cómo la autoridad administrativa acordó un acogimiento tras tutelar a la menor, lo que suponía la privación de la patria potestad de sus padres, para a continuación, atendiendo a ese mismo interés superior del menor, acordó el acogimiento permanente administrativo en su familia de origen, en este caso, con sus abuelos.

Sin embargo, surge la duda sobre si dicho interés continúa siendo objeto de protección, en la medida en que, por un lado, la Administración parece dejar de hacer un seguimiento adecuado de la menor acogida y de las circunstancias de todo tipo que pudieran influir en el mismo, sin que los servicios sociales informaran ni la entidad pública recabara información, de manera indirecta o bien de forma directa entrevistando a los acogedores o derivando el seguimiento al servicio social correspondiente, sin que existieran circunstancias que alertaran sobre la actuación de los abuelos en relación con la nieta acogida.

Por otro lado, estamos ante un situación generada por la atribución del acogimiento de acuerdo con un contrato en tal sentido suscrito, y que lo único que hacía era entregar a la menor en acogida con familiares directos, mediante la suscripción del correspondiente acogimiento administrativo; la entidad pública conserva la tutela acordada automáticamente en interés de la menor y entrega la guarda de la misma a los parientes con una serie de obligaciones.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades, de acuerdo con el artículo 173 del Código Civil, y que reproduce las obligaciones que el artículo 154.1 del Código Civil impone a los que ostentan la patria potestad, pero sin que por ello ostente el acogedor facultades de representación o administración, como sucede con la patria potestad.

El acogimiento familiar permanente se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor, de acuerdo con el artículo 173 bis del Código Civil.

El mencionado artículo dispone asimismo que «el acogimiento familiar del menor cesará: a) Por resolución judicial. b) Por resolución de la entidad pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor. c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor. d) Por la mayoría de edad del menor. En todo caso deberá pronunciarse sobre el cese del acogimiento la entidad pública que ostenta la tutela administrativa del menor cuando no se constituyó por la autoridad judicial.

Sin embargo, del caso resulta que la entrega de la menor se realiza directamente, ya que los padres no podían encargarse de su cuidado, y había familia extensa que podía y quería cuidarla, manteniéndose el carácter administrativo del acogimiento ya que no hubo petición al juez en sentido alguno. Estamos ante un acogimiento convencional y su formalización documental ha de contener el contenido que prevé el Código Civil, y sobre la menor, la entidad pública acogedora mantenía la tutela administrativa. Mientras tanto no cabe un abandono de facto del menor, y los acogedores deben cumplir con los deberes inherentes a dicho cargo.

3. La interposición de la demanda de divorcio y las peticiones para la adopción de medidas definitivas en la sentencia que se dicte, realizadas por ambos litigantes, abuelos acogedores de la menor, referidas a la guarda y custodia, régimen de visitas, pensiones de alimentos, cuando no se trata de un hijo sobre el que ostenten la patria potestad sino sobre una menor que está acogida en virtud de la formalización realizada con la entidad administrativa, que es su nieta.

En el caso de que se tratara de los cónyuges, padres de la nieta, e interesaran en un procedimiento semejante medidas definitivas sobre dicha menor, tales medidas no podrían declararse, ya que la menor acogida está sujeta a tutela administrativa de la entidad pública, con suspensión de la patria potestad.

Existiendo un acogimiento familiar permanente convencional, no puede dejarse sin efecto, ni modificarse ni regularse a través de un proceso matrimonial, sino que su cese o modificación debe solicitarse de la propia entidad pública, que asumió la tutela y autorizó el acogimiento, sin que deba acudir a un proceso judicial para resolver las incidencias que deriven del acogimiento. Por tanto, dentro de un proceso de divorcio no pueden acordarse medidas relativas a la guarda y custodia, alimentos a favor del menor acogido, ni atribución del uso de la vivienda familiar, sino que habrá de ser la Administración quien a la vista de las nuevas circunstancias adopte las medidas más beneficiosas para la menor, decidiendo sobre el cese o su modificación y, en su caso, los términos de esta.

El interés del menor hace también que los acogedores sigan con el cumplimiento de sus obligaciones mientras la entidad pública decide sobre la situación de la menor y el acogimiento, debiendo cumplir con las obligaciones legales. Por eso en ocasiones los tribunales deciden no de manera definitiva sino hasta que resuelve la entidad administrativa todos los aspectos económicos, atención, gastos y necesidades del menor o personales para mantener la vinculación afectiva (SAP de Vizcaya de 26 de marzo de 2010), lo que podría acordarse por el juez a esos solos efectos, a la espera de la decisión correspondiente o si se personara en autos e informara lo procedente; solo sobre protección cautelar de la menor y nunca como medidas definitivas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución Española, art. 39.3.
- Código Civil, arts. 154.1, 172, 173 y 173 bis.
- Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), art. 2.1.
- STC de 10 de diciembre de 1984.
- SSTS de 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004, 23 de mayo de 2005, 31 de julio de 2009 y 21 de febrero de 2011.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, arts. 3 y 5.
- Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013.