

# Interés del menor y retorno del menor desamparado a su familia de origen

Comentario a la STS de 21 de febrero de 2023

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

La sentencia supone un estudio muy completo del marco normativo que regula el interés del menor, tanto desde la perspectiva del retorno con la familia, como del mantenimiento de la intervención pública por desamparo. Asimismo, es un examen detallado de las distintas circunstancias concurrentes, tras la nueva prueba aportada, y aplicando el principio de ponderación. En los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación estudiados, llama la atención la flexibilidad que se predica para la aportación por el fiscal de nuevos documentos en el trámite de su informe, pidiendo, dada la actualización de las circunstancias de la realidad del menor, de la familia (los padres del menor), la decisión de estimar la infracción y la casación y dar la razón a la Entidad Pública (más bien al fiscal, que se adhirió a los dos recursos, pues, al fin y al cabo, el Tribunal Supremo resalta el «cuidadoso y completo dictamen del Ministerio Público»), manteniendo la situación de desamparo.

Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta, 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.

Hacemos, por consiguiente, una breve exégesis del contenido de la sentencia:

El objeto radica en dos resoluciones administrativas de desamparo, una de 19 de diciembre de 2019 y la otra de 7 de abril de 2020. Tanto el juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia como luego la Audiencia no consideran que la situación de riesgo sea excesiva o que haya motivos para mantener la declaración.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de abril de 2023).

En primera instancia, el juez resolvió considerando, con arreglo a las pruebas obrantes en el momento de decidir, que no había motivos suficientes para acordar el desamparo. En segunda instancia, la Audiencia confirma este pronunciamiento. De donde se infiere (después se verá) que no es tanto el riesgo o el desamparo que motiven la separación del hijo de sus padres, sino el tiempo y las nuevas pruebas que examinan esa situación en el momento de dictar la sentencia definitiva, que fueron aportadas por el fiscal en su dictamen porque se recurrieron las dos declaraciones de desamparo de la Entidad Pública de 19 de diciembre de 2019 y 7 de abril de 2020. Sin embargo, es de destacar, que el menor seguía tutelado por la Junta desde el 23 de abril de 2020.

La infracción procesal se basa en los artículos 316, 326 y 376 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) sobre la valoración de la prueba testifical, de partes y documental, y el de casación en la aplicación indebida de los artículos 172.1 y 172 ter.2 del Código Civil (CC) y 2 de la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (LOPJM). Al ser de infracción procesal, se alega el artículo 469.1.4 de la LEC, referido al error en la valoración de la prueba. Un error que se considera trascendente por ilógica, porque llega a una conclusión absurda en contra del test de racionalidad y de la doctrina de la jurisprudencia sobre el interés del menor. Conviene decir, en este sentido, que ese concepto jurídico indeterminado, respetando los derechos en conflicto (los de los padres también), es prioritario. Muchas veces, al invocarse en casación, se produce el efecto de reconocerse su preminencia respecto de los otros derechos en conflicto. Algo que pone de manifiesto la sentencia cuando dice:

No obstante, este interés primordial del niño o de la niña se debe compatibilizar con los otros intereses concurrentes; ahora bien, cuando ello no sea posible, «deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», con valoración de los derechos fundamentales de las otras personas que pudieran verse afectadas, como, en este caso, los padres del menor, que gozan del derecho a la vida familiar que proclama el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como así resulta del art. 2.4 de la LO 1/1996.

Pues bien, lo trascendente en el recurso extraordinario por infracción procesal no es la vulneración invocada sobre la prueba que se tuvo en cuenta por la Audiencia en la segunda instancia, sino la flexibilidad del criterio de aportación de prueba en cualquier momento según la interpretación del artículo 752 de la LEC y por lo argumentado y aportado por el fiscal. Esto es lo que se revisa y esto es lo que se valora. De ahí que el Tribunal Supremo analiza, en el punto 2.2 del fundamento segundo de la sentencia, lo que rubrica «La flexibilidad procedimental de los procedimientos especiales del libro IV de la LEC». Y como este análisis tiene que ver mucho con la temporalidad del caso (el año del nacimiento del menor, la declaración o incoación del expediente de desamparo antes de su nacimiento, el seguimiento posterior y los diferentes informes complementarios de seguimiento, etc.), nos remitimos a la lectura de la resolución para ubicar perfectamente los diferentes tiempos de análisis jurídico (el tiempo del juez de 1.ª instancia, el de la Audiencia tras la apelación y el del TS tras los escritos de las partes y el singular del Ministerio Fiscal con la nueva pue-

ba aportada). Porque no nos hallamos, en el caso de estimar el recurso extraordinario, con una errónea valoración de la prueba, con aplicación de la doctrina consolidada, en el sentido que nos indica la Sentencia 418/2012, de 28 de junio, de la Sala 1:

para que un error en la valoración probatoria pueda fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, es necesario que se trate de un error fáctico, –material o de hecho–, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y que sea patente, manifiesto e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Aquí el examen se proyecta sobre el añadido probatorio del fiscal y sobre si existe una inadecuada interpretación o valoración de la prueba conforme a los medios existentes en el momento de juzgar el hecho (SSTS n.º 62/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero [NCJ059816]; 235/2016, de 8 de abril; 303/2016, de 9 de mayo [NCJ061403], y 714/2016, de 29 de noviembre [NCJ061935], entre otras). Sobre esta singularidad del artículo 752 de la LEC y la interpretación jurisprudencial del precepto se pronuncia la sentencia. Y es el fiscal quien, al aportar nuevas pruebas, entrega al Supremo informes o documentos actualizados de la situación familiar que resultan esenciales en el cambio de criterio, en la estimación de la pretensión de la Entidad Pública de mantener el desamparo y, por tanto, la decisión administrativa que separa al hijo de sus padres, al rechazarse el argumento impugnatorio de la Audiencia, que considera erróneamente que se debe analizar el caso en el momento de la adopción de las medidas. La Sala, al respecto, responde:

No podemos compartir el argumento de la sentencia del tribunal provincial de que la situación a analizar sea la concurrente al tiempo de la adopción de las medidas administrativas de protección, en virtud de los principios de litispendencia y perpetuación de la jurisdicción, como si de una fotografía se tratase, que congelase en el tiempo una imagen o el estado de cosas existentes al momento de dictarse la resolución administrativa objeto de oposición en este trance.

Los intereses legítimos en juego permiten un menor rigor formal en este tipo de procedimientos en los que el interés del menor está en juego, pues lo importante no es el rigor de la preclusión de los actos procesales sino el resultado.

Las ideas expuestas sobre la flexibilidad de los procedimientos en los que interviene un menor constituyen el bloque esencial de la fundamentación jurídica, unida a la interpretación de los intereses del mismo con la ponderación de los distintos parámetros de referencia (como así se verá después). Y así, los principios de preclusión de los actos procesales o de perpetuación de la jurisdicción ceden en favor del orden público y del menor por el hecho cierto de que el mero transcurrir del tiempo lo muta todo y cambiar porque las circunstancias personales cambian es el resultado de modificar o mantener las medidas acordadas. En definitiva, la Sala analiza si en el momento en que se impugna la resolución de desamparo del hijo por la Entidad Pública subsisten los motivos que generaron la declaración del

desamparo o si en el del recurso extraordinario por infracción procesal se mantienen con el apoyo en la doctrina consolidada, que permite interpretar favorablemente esta aportación documental en ese momento procesal. Se trata de un ponderado estudio del marco normativo y de la doctrina que nos permite argumentar:

Bajo este criterio de flexibilidad procesal, la jurisprudencia civil, como no podía ser de otra forma, se ha expresado en el sentido de que la aplicación del art. 752.1 LEC, no solo opera en primera y segunda instancia (SSTS 759/2011, de 2 de noviembre [NCJ055915], 559/2016, de 21 de septiembre [NCJ061706]; 721/2011, de 26 de octubre; 529/2016, de 12 de septiembre [NCJ061749] y 899/2021, de 21 de diciembre [NCJ065922]), con declaración incluso de nulidad del procedimiento por no acordarse la práctica de pruebas pertinentes y necesarias en la alzada, sino que también posibilita la aportación de prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (SSTS 350/2016 de 26 de mayo [NCJ061285]; 711/2016, de 25 de noviembre [NCJ061943]; 665/2017, de 13 de diciembre [NCJ063021], 598/2019, de 7 de noviembre [NCJ064599], 705/2021, de 19 de octubre o 308/2022, de 19 de abril).

En virtud de los razonamientos expuestos, este tribunal, al dictar la sentencia que resuelva los recursos extraordinarios interpuestos, no puede ni debe prescindir de los nuevos elementos de enjuiciamiento aportados a los autos por el Ministerio Fiscal, e informes a los que hace referencia la Administración recurrente, con respecto a los cuales se dio traslado a la parte contraria, que pudo, como así hizo, rebatirlos en su escrito de oposición al recurso de casación, manifestándose en términos que no pueden ser aceptados, al entrar en contradicción con lo normado en el art. 752 de LEC, y considerar que no deben ser valorados por extemporáneos.

La estimación del recurso por infracción procesal tiene su fundamento en el interés del menor, que, como es lógico, se va a analizar en el recurso de casación.

Entramos, por consiguiente, en el análisis del recurso de casación, interpuesto con arreglo a la causa que lo justifica y permite, el interés casacional (art. 477.2.3.º LEC), por aplicación indebida de los artículos 172.1, 172 ter.2 del CC y 2 de la LOPJM. Entendiendo el interés casacional en la medida en que se infringe la interpretación lógica del articulado y de la doctrina jurisprudencial que se le aplica.

El interés del menor debe ser objeto de ponderación, de ahí que la sentencia de la sala exponga cuáles han de ser tenidos en cuenta: «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas»; «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia»; «se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», pero condicionado a que ello «sea posible y positivo para el menor» y «cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia

desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia». A su vez, juntamente con ellos, se analizan los criterios de la Administración para actuar en protección, que son los establecidos en el artículo 11 de la LOPJM. Lógico, porque la doble perspectiva: protección y actuación de la Administración en desamparo, debe ser objeto de análisis para decidir si se vulnera o no la norma. Evidentemente, y como al final se decide el retorno del menor con su familia, el artículo 19 bis, regla tercera, contempla otros parámetros que son útiles para la comprobación de su concurrencia en el caso que nos lleven igualmente a la decisión adoptada por la Sala.

Expuesto el marco normativo básico, la sentencia analiza el interés más digno de protección desde la ponderación de las circunstancias concurrentes, singularmente el nuevo entorno fáctico, la actualización de los datos y de la realidad contemporánea del menor (en lo personal, familiar, emocional, etc.), para concluir en la medida más conveniente: el retorno o no del menor.

A efectos ilustrativos, antes de entrar en el desarrollo del motivo casacional, conviene resaltar la importancia de este principio, pues ya en el origen de un recurso de esa naturaleza subyace, dada su concurrencia y para el supuesto de que se hubiese acordado fundamentamente en desamparo, la posibilidad de inadmisión a trámite de los dos recursos por carencia manifiesta de fundamento o por falta de efecto útil (arts. 473.2 y 483.2.4.º LEC). La Sentencia del Tribunal Supremo 126/2019 de 1 de marzo (NCJ063998), en relación con el interés del menor, a los efectos de inadmitir a trámite el recurso, nos recuerda, una vez más, que

según doctrina de la Sala (Sentencias 566/2017, de 19 de octubre [NCJ062727] y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), que es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor. (...) si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

Por otro lado, en cuanto al posible planteamiento del efecto útil, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en el Pleno, de 27 de enero de 2017, n.º 3.1.f), decidió que

el recurso debe ser inadmitido por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.4.º LEC de carencia manifiesta de fundamento, en relación con la falta de efecto útil del motivo; y ello porque como ha dicho este tribunal en reiteradas ocasiones, no basta para la finalidad del recurso poner de manifiesto alguna vulneración legal que no sea por sí trascendente para el fallo, de forma que no prosperará cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correc-

ta la doctrina seguida por la sentencia impugnada, si la estimación del recurso no determina una modificación del fallo (TS [Civil], sec. 1.<sup>a</sup>, A 12-12-2018, rec. núm. 3754/2016, SSTS 593/2006 de 15 de junio [rec. núm. 4145/1999], 186/2011 de 29 de marzo [NCJ055010] [rec. núm. 2255/2007] y 207/2014 de 22 de abril [NCJ058462] [rec. núm. 1254/2012]).

Un enfoque diferente, pero no trascendental, al invocarse el interés del menor y no cambiar el sentido del fallo, también podría provocar la inadmisión a trámite del recurso de casación. Y es sabido que solicitada la inadmisión del recurso de casación, procede de plano la inadmisión del extraordinario por infracción procesal, y ello por aplicación del art. 473.2 LEC en relación con la disposición final 16.<sup>a</sup> apartado 1 y regla 5.<sup>a</sup>, párrafo primero de esa ley, que dispone que si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal (AATS, sec. 1.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 2016 [rec. núm. 356/2014], 29 de junio de 2016 [rec. núm. 286/2014] y 4 de noviembre de 2020 [rec. núm. 2294/2018, 2301/2018 y 1658/2018]).

Al analizar la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo el interés del menor hace un recorrido por la legislación más específica. Pero lo importante no es, una vez más, incidir en ese concepto, sino en los parámetros de valoración de este para detectar cuál es el interés más digno de protección y por qué. La exposición normativa no es determinante, lo trascendente es el análisis de los criterios que nos indiquen el sentido deducido de la prueba para el recto proceder, tanto de los tribunales de justicia como de la Administración o los poderes públicos, porque el desarrollo de los fundamentos jurídicos de la sentencia del Supremo se ubica en la correcta interpretación de las normas y en la aplicación de los referidos parámetros al caso, siguiendo la pauta que exhaustivamente expone el fiscal en su escrito. La actualización de las circunstancias, o las circunstancias coetáneas a la sentencia dictada en casación y por infracción procesal, que va a servir al Alto Tribunal para estimar los dos recursos y para dictar una sentencia en apelación que corrija la de la Audiencia, declarando conveniente mantener las medidas de protección porque se mantiene la situación de desamparo, la actualización –como decimos– se produce porque la documentación aportada permite colegir que los elementos definidos en el artículo 2 de LOPJM, son los parámetros aludidos, de tal suerte que, llegados a la convicción de que no concurren, puede superarse la premisa de que los hijos deben estar con su familia biológica y que las medidas de protección deben durar lo mínimo indispensable para el inmediato reintegro. Y así, cuando la nueva prueba proporciona una nueva visión de la realidad que desmiente la manera de interpretar el riesgo o el desamparo por la Audiencia (que, evidentemente, no dispuso de la nueva documental, de la que tampoco se hizo eco la Entidad Pública, no obstante ser recurrente en las dos instancias, al contrario que el fiscal en la casación), la reinterpretación del juicio valorativo y de los elementos fácticos, no conlleva un error en sentido estricto en la valoración de la prueba, sino de un error derivado del enfoque equivocado y desactualizado de la Audiencia como consecuencia necesaria de la aplicación del artículo 752 de la LEC, por su flexibilidad y contravención al rigor de la preclusión de los actos procesales,

de aportación de parte o de oficio. Lo cual, desde la perspectiva de la Administración, conecta necesariamente con el artículo 2 de la LOPJM, que le recuerda:

La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

O el artículo 11 de la misma ley, el cual, dentro de los principios rectores, recuerda «La supremacía de su interés superior» y el mantenimiento del menor en la familia de origen, «salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional». Téngase en cuenta, respecto de esto último, que la sentencia analiza al detalle la idea siguiente: «El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado», cuando se trata de adoptar medidas de protección de una familia debe deducirse de la conveniencia y de las medidas a adoptar, que estarán relacionadas con los aspectos físicos, de estabilidad social e intelectual; de tal suerte, que estas determinarán si procede o no ese retorno en función de su desarrollo y su éxito. El retorno del menor con su familia, por consiguiente, no es un derecho absoluto de los padres, sino el fin al que aspiran, que se subordina al interés del menor.

El fiscal, en su dictamen, hizo constar los cuatro informes de actualización de la

situación del menor en su familia de acogida (informe de 20 de julio de 2021 y de 19 de septiembre de 2022) y sobre la evolución personal de los padres biológicos don Felipe y doña Alicia (informes de 31 de agosto de 2022 y de 26 de septiembre de 2022),

que ponían de manifiesto,

por un lado, la integración del menor en la familia de acogida y por el otro la situación altamente inestable que presentan los progenitores del menor, en situación de conflicto permanente entre los mismos, y encontrándose la madre biológica, Alicia, en avanzado estado de gestación de un quinto hijo, cuyo padre

no es el del menor. Invoca, además, la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio (NCJ050679), que estableció doctrina y, según la cual, se obliga al juez, «al examinar la impugnación de la declaración de desamparo», a «contemplar 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». No puede ser más contundente el mandato, que incumple la Audiencia en la apelación. El fiscal, asimismo, recordó que en este tipo de procedimientos inspirados en el interés del menor (con un menor en el centro de la decisión) los principios dispositivos y

de aportación de parte ceden ante la facultad de aportación de pruebas de oficio o por las partes en cualquier momento que se precisen. Invoca para ello la Sentencia del Tribunal Supremo 308/2022, de 19 de abril:

La atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público (Sentencias 258/2011, de 25 de abril [NCJ055167]; 823/2012, de 31 de enero de 2013 [NCJ057659]; 569/2016, de 28 de septiembre [NCJ061798]; 251/2018, de 25 de abril [NCJ063384], y SSTC 178/2020, de 14 de diciembre [NCJ065273], y 81/2021, de 19 de abril [NCJ065538], afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuáles son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en los arts. 90.2 y 158 CC, 751, 752, 770. 4.<sup>a</sup> II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter 8; 778 quinquies 7, de la LEC, entre otros.

Como recoge la sentencia -que es acoger íntegramente el criterio del fiscal-, la comparativa de las circunstancias existentes en el momento de las dos sentencias, la del Juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia y la de la Audiencia, con la del momento de la casación, supone aceptar lo siguiente (derivado de la prueba aportada por el fiscal):

- La total integración del menor en su familia acogedora, con la que lleva conviviendo ininterrumpidamente desde el 30 de junio de 2021.
- La carencia de habilidades parentales de los padres biológicos, los antecedentes respecto de sus otros hijos declarados en desamparo y la falta del seguimiento del embarazo del menor.
- La situación de total inestabilidad familiar que presentan los progenitores biológicos.
- Los conflictos y mala relación existente entre los padres.
- La falta de madurez y de responsabilidad puestos de manifiesto por doña Alicia en sus relaciones con otro progenitor, que no el padre del menor.
- La irrupción de la nueva pareja de Alicia y las sobrevenidas responsabilidades de la misma respecto del nuevo hijo, desde sus constatados déficits en habilidades como madre y con la consiguiente complejidad de las relaciones familiares.

Y aceptar estos parámetros de valoración del interés del menor es llegar a la conclusión del desamparo y, por consiguiente, de la estimación del recurso por infracción procesal, así como del recurso de casación por vulneración de los artículos 172.1 y 172 ter del CC y 2 de la LOPJM y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.