

Expte.

DI-220/2018-5

**EXCMA. SRA. CONSEJERA DE
CIUDADANÍA Y DERECHOS SOCIALES
Pº María Agustín 36. Edificio Pignatelli
50004 Zaragoza**

ASUNTO: Sugerencia relativa a acogimiento de menor bajo la tutela ex lege de la Administración (IASS) y visitas en favor de los abuelos y familiares maternos.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 7 de febrero de 2018 tuvo entrada en esta Institución una queja formulada por Dª----.

En la misma relata su disconformidad con la decisión de la Administración que ha asumido la tutela ex lege de su nieto ---nacido el --- de tramitar su adopción, decisión con la que no está conforme como tampoco con el hecho de haberse visto privados de un régimen de visitas con aquel cuando inicialmente se les permitió.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, asignando a la Asesora Dª María José Moseñe el expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 8 de febrero de 2018 petición de informe al Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

TERCERO.- La respuesta de dicho organismo se recibió el 12 de marzo de 2018 dando contestación a todos los extremos solicitados.

Entre los mismos, y dada su extensión, deben destacarse los siguientes;

“Se propone dictar tutela firme motivada en:

"La madre presenta problemas de salud mental que le incapacitan para poder asegurar un cuidado protector y adecuado al menor, situación de carácter crónico que coloca al menor en una situación de desprotección debido a su vulnerabilidad por su corta edad."

*Se propone la inclusión en un **Programa de Separación Provisional y Reunificación Familiar. Subprograma: Acogimiento***

familiar temporal en familia extensa, recogiendo la solicitud que habían presentado los abuelos maternos de ser valorados como posibles acogedores del menor. Se propone así, **Valoración de familia extensa** para inclusión futura, en caso de ser idónea, en un Programa CA2 de Promoción de Tutor”.

...”El **8 de enero de 2018** se dicta **resolución de no idoneidad de los abuelos maternos**. Presentando éstos alegaciones al informe de valoración. Ratificándose el equipo en dicha decisión una vez valoradas las pruebas presentadas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y ante pronóstico negativo de cambio por parte de la madre y del padre, el **12 de enero de 2018** se acuerda la salida del programa de acogimiento de familiar temporal en familia extensa y la inclusión en un **Programa de Separación Definitiva, subprograma: Guarda delegada con fines de adopción en familia ajena**. Por lo que se solicita familia para guarda con fines de adopción.

El **12 de febrero de 2018** se ejerce la **tutela firme** del menor y se dicta **suspensión cautelar de las visitas con la familia extensa**.

El **20 de febrero de 2018** el **Consejo Aragonés de la Adopción** acepta la propuesta de acogimiento del menor en **Guarda delegada con fines de adopción en familia ajena**”.

Se efectúan seguidamente una serie de consideraciones en el informe relacionadas con el menor, sobre la imposibilidad de acogimiento en la familia paterna, los problemas de salud crónicos de la progenitora no superables ni beneficiosos para aquel que abogan por una separación definitiva de la familia y finalmente en cuanto al régimen de visitas del niño con la madre y los abuelos maternos se manifiesta que;

“Sobre si se han establecido o será posible establecer un **régimen de visitas de madre y abuelos con el niño** mientras se encuentre bajo la tutela del IASS:

Desde que se dictara la tutela cautelar del menor se han autorizado visitas semanales supervisadas en el Servicio Especializado de Menores con la madre, los abuelos maternos y en algún momento con una tía y prima paterna. Comenzaron el 16 de agosto de 2017.

El 20 de noviembre de 2017 se autoriza que asista a las visitas también al padre, una vez que es reconocido como tal.

En el momento que se determina que el retorno con la madre y el padre era inviable y que no existía la posibilidad tampoco de acogimiento en familia extensa, se valora que lo más adecuado para el menor es suspender las visitas de él con la familia.

Atendiendo al interés superior de ---- y dada su corta edad, se

considera que no es adecuado mantenerlas, ya que el objetivo prioritario ahora con él, es garantizar su adecuada integración en la familia asignada para ejercer la guarda con fines de adopción.”

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO.- La Sra ---- acudió a esta Institución al no poder tener contacto con su nieto ---- nacido el 29 de julio de 2017 que se encuentra bajo la tutela ex lege del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS) y que en este momento está valorando la idoneidad para el acogimiento familiar del menor al estimar que la progenitora del mismo D^a---- y su pareja, y padre del menor, no se encuentran en condiciones de hacerse cargo del mismo, y ello por los problemas de salud mental de la primera que requirieron de atención psiquiátrica desde el momento mismo del nacimiento y por la falta de capacidad parental que permita un cuidado afectivo responsable del segundo para cubrir sus necesidades no contando tampoco con apoyos en su ámbito familiar.

Cuando la Administración se hizo cargo del niño, refiere la Sra--- tanto ella como otros miembros de su familia tuvieron ocasión de realizar algunas visitas a su nieto, si bien ya desde el mes de octubre del año pasado este derecho le ha sido negado de facto habiendo recibido formalmente comunicación mediante Resolución de 12 de febrero de 2018 en la que se acuerda suspender las visitas del menor con los abuelos maternos como medida de protección para el mismo ya que de lo contrario se perjudicaría gravemente su estabilidad ya que por otra parte se ha acordado la medida de delegación de la guarda para la convivencia preadoptiva.

Por tal razón se acuerda la suspensión cautelar de las visitas que sin embargo, y como se expone, ya no se estaban llevando a cabo.

En todo momento, y esta es la razón de la queja, muestra la Sra---- su disconformidad con la decisión del IASS, en primer lugar porque no entiende por qué razón, al margen de las circunstancias personales de los progenitores, tanto ella como el resto de la familia extensa materna no pueden tener contacto alguno con el niño, y en segundo término, porque se han visto directamente excluidos de la posibilidad de poder ocuparse directamente de su nieto sin necesidad de acudir a terceras personas o a fórmulas como la adopción que suponen una desvinculación de aquel con sus parientes mas cercanos siendo que cuentan con los medios personales y materiales necesarios para cubrir todas sus necesidades.

Se efectuó, según indica con la documental que aporta, una

valoración psicosocial de idoneidad de su familia de cara a un posible acogimiento familiar en familia extensa que concluyó en sentido negativo y con la que no se muestra de acuerdo pues tanto ella como su esposo se encuentran perfectamente capacitados para cuidar de su nieto sin necesidad de tener que darlo en adopción.

SEGUNDO.- En el informe emitido por el IASS en fecha 7 de marzo de 2018 a instancia de esta Institución se vienen a corroborar los argumentos contenidos en el informe de valoración de familia extensa emitido en fecha 8 de enero de 2018 y en el que también se contestan a diversos extremos solicitados para contar con la mayor información posible.

Los argumentos por los que se considera que la familia extensa materna no es adecuada para el acogimiento familiar del menor son la edad elevada de los solicitantes (abuelos) que en la actualidad cuentan con 61 y 67 años, lo que habrá de conllevar una gran diferencia generacional entre estos y su nieto lo que en un futuro habrá de cobrar mucha importancia, pues se aumentan las probabilidades de que antes de llegar a la mayoría de edad se vea privado de sus referencias principales, la carencia de apoyos familiares para el niño en ese futuro dada la discapacidad de la progenitora por trastorno mental al igual que otra hermana de la misma, la sobrecarga de la familia con la atención a los miembros no independientes siendo la única figura central la cuidadora la Sra---, las motivaciones inadecuadas que se ofrecen para acoger a aquel basada en un sentimiento de lealtad familiar preferente al interés del menor, y por último, la interferencia que los padres biológicos pueden tener en el acogimiento de manera que los abuelos maternos no pueden garantizar la no interferencia de estos máxime cuando la progenitora mantiene una relación conflictiva e intermitente con su familia y se negó al acogimiento familiar.

Como respuesta a los puntos concretos solicitados, el IASS confirmó la imposibilidad del entorno paterno para asumir un acogimiento familiar, los problemas de enfermedad mental de la madre que persisten y la incapacitan para asegurar un adecuado cuidado del menor por tener naturaleza crónica, y en lo que a la presente queja atañe, la procedencia de suspender las visitas de este con los abuelos maternos una vez que se ha determinado que el retorno con la madre y el padre es inviable y además es imposible la opción de *“mantenerlas (las visitas) ya que el objetivo prioritario ahora con él, es garantizar su adecuada integración en la familia asignada para ejercer la guarda con fines de adopción”*.

TERCERO.-A la vista de toda la documental obrante en el expediente, se ha podido constatar, como no puede ser de otro modo, la impecable actuación del IASS ante la posible situación de desprotección de un menor adoptando las medidas que ha estimado procedentes en aras a velar por su interés, y tras el estudio correspondiente de los progenitores y de idoneidad

de los abuelos maternos, y ante el pronóstico negativo de los primeros, ha optado en fecha 12 de enero de 2018 por acordar la inclusión de ---- en un programa de separación definitiva y subprograma de guarda delegada con fines de adopción en familia ajena.

No puede negarse que la Administración ha dado los pasos oportunos y en orden al futuro del niño ha adoptado la decisión mas pertinente teniendo en cuenta como se ha dicho las circunstancias de los padres.

No habrá de hacerse por ello valoración alguna sobre el ejercicio de las facultades y competencias de la misma ya que, como se demuestra de forma continuada, estas se encuentran presididas por el principio de protección del interés superior del menor, y es únicamente el IASS el que cuenta con toda la información necesaria que le proporcionan los especialistas, psicólogos y trabajadores sociales, en aras a la decisión mas correcta.

Acontece no obstante en este supuesto una peculiaridad cual es el derecho que creo se debe valorar de los abuelos maternos a tener contacto con el menor (en un régimen pautado y supervisado de visitas por el propio IASS) al menos y quizás como mínimo, durante todo el proceso de acogimiento y aún de cara al futuro ya que ello lejos de resultarle perjudicial, podría ser beneficioso para el mismo ya que entiendo ningún mal ni daño se le puede ocasionar por el hecho de mantener una relación afectiva con la familia extensa, en este caso materna, que no tiene por qué seguir igual suerte que la de los progenitores con su hijo puesto que en esta se han valorado otras circunstancias distintas.

Esto es, la existencia de sobradas razones para apartar al niño de sus progenitores por su falta de capacidad y aptitud para su cuidado, no necesariamente tienen que ser traspolables a los abuelos maternos.

Estos con su solicitud a la Administración para que en su momento se les entregara el niño, y aún con la presentación de una queja ante esta Institución, han demostrado tener un verdadero interés por este no exclusivamente por razones de parentesco o lealtad familiar ya que han transmitido sentimientos de cariño y afecto hacia este que creo deben corresponderse con la facilitación de un vínculo a través de un régimen de visitas y contactos que en mi opinión sólo habrá de beneficiar a todos inclusive al propio menor que cuenta sólo con ocho meses de edad.

No se está ante el supuesto de un niño de cierta edad con memoria y capacidad para recordar hechos traumáticos o dolorosos vividos en el seno de una familia desestructurada o con problemas y en el que se hayan detectado niveles de negligencia física y psíquica y por lo cual resulte preciso e ineludible desvincularlo totalmente como sucede en otros casos, en aras a su protección y beneficio, sino ante un menor de muy corta edad y unos abuelos y demás familia materna extensa normal, estructurada y con fuertes vínculos afectivos entre sus miembros en la que los abuelos, especialmente la Sra---, ama de casa y su esposo jubilado, conviven con otra hija que padece una enfermedad mental controlada con disciplina y

medicación y otra nieta, (hija de este última) que está debidamente atendida, asiste al colegio y sigue el proceso de desarrollo propio de su edad y sin que haya precisado control o intervención de la Administración por no haber situación de riesgo integrando también el entorno familiar otro hijo que vive de forma independiente y que tiene relación constante y muy fluida con sus padres y hermana.

Así se pudo apreciar en la entrevista mantenida con la Sra---- el 28 de febrero en la que se mostró plenamente consciente de los problemas que ha venido padeciendo su hija ----, madre del menor, pudiendo llegar a entender la decisión de la Administración respecto de esta, pero no en lo que a ella y su esposo y restantes hijos respecta quienes al menos deberían tener un sistema de visitas con su nieto.

La Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modifica el Código Civil (artículo 176) y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

En ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación.

La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el artículo 148-20º de la CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Así la Ley Aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Toda esta normativa se ha visto influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural, su salud, su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos como la protección de sus derechos fundamentales.

Y ese superior interés resulta extrapolable al régimen de visitas.

En concreto, si favorece el interés de los niños ser visitados por los

padres o en este caso por los abuelos en la situación de acogimiento familiar preadoptivo o inclusive en un proceso de adopción (no se olvide que el Código Civil abre la puerta a la denominada “adopción abierta” aún no llevada a la práctica pero posible de manera que en ciertos casos pese a la misma se determina la conveniencia de mantener ciertos vínculos con la familia biológica), ello debe ser tenido en cuenta al igual que si por el contrario, puede perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio.

Ningún impedimento he apreciado en este caso para que la Administración por los razonamientos dados pueda reconsiderar su postura inicial y al margen de la decisión final que tendrá que tomar sobre la adopción del menor (al margen de la posible judicialización de la misma por parte de los progenitores tal y como apuntó la Sra---) pueda establecer un sistema de visitas entre los abuelos maternos y el menor ya que considero que ello puede ser adecuado y necesario y ningún perjuicio habría de causar a este además de enriquecedor y favorecer el mantenimiento de lazos afectivos con la familia de procedencia biológica.

A ello se añade el que no vislumbro cuales podrían ser las consecuencias negativas que podrían producirse de una relación abuelos (y familia materna) nieto.

En este momento la supresión total de cualquier contacto por el hecho de que el retorno del niño con los progenitores sea inviable o porque finalmente y con el tiempo se acuda a la adopción entiendo puede resultar desproporcionada en lo que a los abuelos se refiere porque debe insistirse ni sus condiciones ni su situación es equivalente o equiparable a la de los progenitores y el IASS puede arbitrar una forma de relación libre de ingerencias por parte de estos últimos si bien entiendo que ha actuado siempre en aras a su interés y máxima protección.

Cabe recordar que el artículo 60-1 del Código de Derecho Foral de Aragón señala que;

“El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja”.

En consecuencia salvo un perjuicio acreditado, que en principio no parece que sea este el supuesto, debe tenderse a la protección del derecho que asiste a familiares cercanos que no son los padres a tener contacto con los menores y ello compete tanto a los jueces como a la propia Administración.

En este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018 ha declarado que;

“Se colige que cuando se tengan que sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, ha de ser primordial el interés superior del niño. Si tales intereses son los de los niños en relación

con los de sus padres biológicos, el art. 11.2 LO/1996 establece como principio rector de los poderes públicos: «a) La supremacía de interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social", para concluir que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional 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. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

Esta doctrina puede aplicarse al supuesto concreto pues aunque no afecte a los progenitores y si a unos abuelos incide en la supremacía del interés del niño que debe ser tenida en cuenta tanto cuando se decide que lo oportuno es apartarlos de su entorno familiar como cuando se opta por mantener vínculos con este o alguno de sus integrantes, opción esta última por la que me decanto.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales Gobierno de Aragón la siguiente SUGERENCIA:

Que con independencia de la decisión que al mismo corresponde en relación al menor----

sobre el que ostenta la tutela ex lege en cuanto a si procede acordar el acogimiento de este de forma delegada o finalmente la adopción, porque el interés superior del menor así lo haga necesario, criterio que la Administración se que siempre tiene presente, y sin hacer valoración alguna en cuanto a los progenitores por no ser ser objeto de esta queja, en base a los argumentos expuestos en las anteriores Consideraciones Jurídicas se

establezcan las vías y mecanismos adecuados que sin perturbar ni dañar al mismo le permitan mantener una relación y vínculo entre el mismo y los abuelos y demás familia extensa materna (tíos y primos) mediante el régimen de visitas que la Administración estime oportuno al apreciar por mi parte que ello no habrá de ser perjudicial, sino por el contrario beneficioso y positivo en su desarrollo y evolución personal en tanto no observe impedimento ni problemática alguna en dichos familiares mas allá de su sincero deseo de relacionarse con el niño.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 5 de abril de 2018
EL JUSTICIA DE ARAGÓN (e.f.)

FERNANDO GARCÍA VICENTE