

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

#### *MENORES DESAMPARADOS: EL DERECHO DE SUS PADRES A RELACIONARSE CON ELLOS*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora Contratada Doctora.  
Derecho Civil. UCM*

**SUMARIO:** I. EL DERECHO DE LOS PADRES A RELACIONARSE CON SUS HIJOS.—II. EL INTERÉS DEL MENOR.—III. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—IV. EL CESE DE LA SUSPENSIÓN O RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—V. EXISTENCIA REAL DE DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GALLEGA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

#### I. EL DERECHO DE LOS PADRES A RELACIONARSE CON SUS HIJOS

Uno de los derechos que forman parte del contenido de la patria potestad es el de relacionarse con sus hijos (1). Derecho básico cuando padres e hijos viven juntos. El problema surge cuando aparece la Administración y actúa ante una situación de desamparo de los menores cuya misión es protegerlos.

El legislador reconoce el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, incluso cuando no ejerzan la patria potestad (art. 160, párr. 1) (2), pero si la situación se ha alargado y complicado, la Administración puede considerar necesario

---

(1) Para la realización de este pequeño análisis jurisprudencial nos vamos a basar en la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel SANDE GARCÍA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 34/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 25774/2012.

(2) Artículo 160. Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

que tenga lugar el acogimiento familiar del menor y el Juez *puede suspender* ese derecho de relación con sus padres biológicos atendiendo a las circunstancias y al interés del menor (art. 161 CC) (3).

Como es sabido (4), para que entre en funcionamiento la institución de acogimiento se precisa demostrar la existencia de un menor en situación de desamparo, tal y como indica el artículo 172.1 del Código Civil (5). Desamparo determinado por el incumplimiento de los deberes de asistencia y protección, y, el quebrantamiento por los padres de las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad respecto a sus hijos lo que consiguientemente provoca la tutela del Estado. Tutela que debe mantenerse si consta la existencia de desatención de deberes de asistencia y protección, y no se acredita que dicha situación fuera forzosa y temporal (6).

La tutela asumida por el Estado se produce para evitar una situación de riesgo, y en base a unos antecedentes y a una gran variedad de presunciones y hechos sin prueba que desaconsejan la vida del menor junto a sus padres. Pero si los padres biológicos de este han cumplido sobradamente sus deberes como titulares de la patria potestad sin que, en ningún momento, se haya producido inobservancia de aquellos deberes, la jurisprudencia del TS considera «un auténtico despropósito, tanto jurídico como moral, que se prive a los padres biológicos de la patria potestad cuando no han incumplido deber alguno respecto a su hija» (7).

Puede ocurrir tras la declaración de desamparo de la Administración, que la situación sea revisada por el Juez y se revoque tal declaración. O, simplemente que se mantenga la tutela administrativa pero con el derecho de visita y comunicación con sus padres. O que si se produce la desatención de los deberes parentales (8) y en base al principio de *favor filii*, la Administración mantenga al

---

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

(3) Artículo 161. Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.

(4) Vid., mi trabajo sobre «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reincisión en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2011, págs. 297 a 312.

(5) Artículo 172.1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encamionada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001, recurso 2813/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 1275/2001. Número de recurso: 2813/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 236083/2001.

(7) Como ocurre en la sentencia del TSJ de Galicia, objeto de comentario.

(8) Por ejemplo, una madre que padece una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de la menor y el padre no puede ocuparse de ella por motivos laborales.

menor en situación de tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros, en cuyo caso se privaría a los padres biológicos de la patria potestad (9).

Una vez el menor es acogido por terceros, para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con acreditar que se ha producido en ellos una evolución positiva, ni tampoco que tienen el propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Según la doctrina jurisprudencial es necesario que esta evolución 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 el acogimiento familiar en que se encuentre. Para ello hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y 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 (10).

Todas estas posibles situaciones deben analizarse bajo el prisma del interés del menor que es el necesitado de protección.

Así pues, en este marco, hay que analizar el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, una vez producido el desamparo, asumida la tutela administrativa y antes de que se inicie el proceso de acogimiento (11).

---

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de mayo de 2005, recurso 2046/2001. Ponente: Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES. Número de sentencia: 384/2005. Número de recurso: 2046/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 114792/2005.

(10) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009. El Tribunal Supremo establece como doctrina jurisprudencial, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, 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, y segundo, el modo en que 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 reincisión del menor en la familia biológica.

(11) STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel SANDE GARCÍA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 34/2011. Jurisdicción: CIVIL Diario La Ley, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, de 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 25774/2012.

La AP de Lugo confirmó en apelación la sentencia de instancia que desestimó la demanda planteada por la madre de unos menores contra la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, por la que solicitaba el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad y la revocación de la declaración de desamparo de los niños.

El TSJ de Galicia estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de apelación, casa esta en parte, y revoca también en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y declara el derecho que asiste a la demandante como madre a relacionarse con sus hijos, debiendo determinar la Xunta, a través de la entidad pública que ejerce la tutela de los menores, el correspondiente régimen de visitas.

## II. EL INTERÉS DEL MENOR

Nuestro ordenamiento jurídico gira en torno a un principio fundamental de Derecho básico que es el *interés del menor*.

Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, recoge este principio en su artículo 3.1. En dicho precepto se establece que *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, siempre se atenderá el interés superior del niño*.

De acuerdo con dicha Convención, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2, proclama como principio general que *en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Y, además insiste en que *cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo*.

Derecho que es superior incluso a los deseos e intereses personales de los progenitores, por muy legítimos que estos sean.

Cuando se producen determinadas circunstancias, como la existencia de una incapacidad de los padres en asegurar la cobertura de las necesidades de seguridad afectiva, física, de desarrollo cognitivo, de control y de guía sobre los hijos menores, es cuando la Administración está obligada a actuar (12). Los padres deben priorizar las necesidades básicas de los menores en la distribución de los recursos existentes debido a la situación de desempleo. El entorno familiar debe

---

(12) El informe en que se basa la STSJ de Galicia, de 22 de febrero de 2012, dice textualmente que: «No momento actual a situación dos menores é a seguinte: a dinámica familiar segue a ser conflictiva cunha nula participación do pai no plan de traballo proposto (non hai nin motivo nin recoñecemento do problema pola súa parte), e existe una incapacidade por parte da nai para asegurar a cobertura das necesidades de seguridade afectiva, física, de desenvolo cognitivo e de control e guía na conducta dos seus fillos menores. Esta incapacidade posne de manifestó, ademáis, nos informes médicos e escolares nos que se constata a neglixencia na atención dos menores por parte de ámbolos dous proxenitores. Por outra banda, a organización da economía doméstica é moi deficitaria, non sendo capaces de priorizar as necesidades básicas dos menores na distribución dos poucos recursos existentes, debido a actual situación de desemprego de todos os membros adultos do núcleo familiar, dependendo básicamente das axudas económicas recibidas polo Concello.

O entorno familiar carece das características de seguridade, salubridade e estabilidade, non pudiendo facilitar ós nenos o seu coñido físico, a súa alimentación e a súa hixiene axeitada. Asemade, os pais dos menores manteñen unha dinámica relacional que non cubre as súas necesidades de seguridade emocional e de disposición de modelos adultos sans e accesibles, carecendo a súa situación familiar de factores de protección. O pai e a nai non ten mostras de afectividades cara eles. Con respecto ó pai, amosa indiferencia ante as demandas dos nenos, non hai conciencia da problemática familiar nin, en consecuencia, motivación alguna para facilitar os cambios necesarios para solucionar as dificultades. Áinda que a proxenitora manifesta a súa intención de mellorar no coñido dos nenos, a realidade é que non atende ás súas necesidades físicas e emocionais.

Por outra banda, tras varios plans de traballo infructuosos establecidos coa familia, apreciamos a falta de capacidade da nai dos menores e da voluntariedade por parte do pai para o cambio. Observando a necesaria e constante supervisión para manter as pautas de conductas necesarias para a minimización de riscos e cobertura das necesidades básicas dos seus fillos, non sendo capaz de manter no tempo os avances acordados.

Por todo iso, o prognóstico de cambio da situación é negativo».

propiciar los requisitos básicos de seguridad, salubridad y estabilidad, debiendo cubrir las necesidades prioritarias de los menores de seguridad emocional, cuidado físico, alimentación e higiene. Si no se producen estas circunstancias es cuando debe actuar la Administración que es la encargada de dar una solución estable y adecuada a los menores con arreglo a sus intereses preferentes.

No obstante, siempre estará el Juzgador de Instancia vigilando la actuación de la Administración, pues es este quien examina y valora que su actuación no sea arbitraria, caprichosa o carente de motivación, sino que obedece a las circunstancias de cada momento y es proporcionada a la necesidad preponderante de anteponer el interés de los menores a cualquiera otros.

Para ello, el juzgador constata una serie de datos objetivos justificadores de la declaración de desamparo (13), descarta la existencia de contradicciones en el expediente administrativo, y concluye que la declaración de desamparo se basa en una situación de riesgo para la integridad y desarrollo de los menores.

En cuanto al contenido del derecho de relación entre padres e hijos y la determinación de su práctica concreta, podemos decir, siguiendo a CÁRCABA FERNÁNDEZ (14), que «es contrario al interés del menor todo aquello que entrañe un peligro real para su salud física o psíquica, su moralidad o su educación (pero) que ni el cariño del niño hacia los acogedores, ni toda enfermedad mental de los padres, ni un pasado de alcoholismo, es causa suficiente para privar a los progenitores del derecho a recuperar a sus hijos y mucho menos a relacionarse con ellos, porque ello no tiene por qué entrañar un peligro para la salud física o psíquica del menor, ni para su moralidad o su educación».

La Administración debe ser muy escrupulosa y tener muy en cuenta este derecho de los padres, pues si ya el legislador de 1981 (Ley 11/1981, de 13 de mayo), y luego el de 1987 introdujo el artículo 161 del Código Civil, que pasó a ser el actual artículo 160 (Ley 21/1987, de 11 de noviembre), que extiende el derecho a relacionarse de los hijos con otros parientes y allegados (15), mucho más lo será cuando los niños sean tutelados, esto es, atendidos por la Administración donde se «recomponen la situación del menor» en orden a su seguridad física y emocional, educacional, alimenticia y de higiene, pero donde sin duda pueden ser visitados por sus padres.

---

(13) Las reiteradas visitas al servicio de urgencias, la posterior realización de un seguimiento de la situación de los menores, con actuaciones de apoyo en el ámbito personal y familiar a nivel educativo, asistencial y otros niveles... Hechos acreditados y valorados en los informes elaborados por los miembros de los diversos equipos actuantes.

(14) CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-255, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 22501/2001.

(15) No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.

CÁRCABA FERNÁNDEZ insiste en que el interés del menor puede verse en el artículo 160 del Código Civil en tres aspectos: 1) en cuanto que hay que entender que no solo son titulares del derecho a relacionarse personalmente los parientes y allegados, sino también el niño, cuyos representantes podrán solicitar el establecimiento del mismo, por ser de interés del menor; 2) porque el derecho de relación no es absoluto, de modo que no basta demostrar la existencia del afecto para que se constituya el derecho; debe tenerse en cuenta el interés del menor, y 3) dado su actual carácter de principio general del Derecho, debe inspirar la interpretación jurídica.

Todo ello teniendo en cuenta además que la Constitución, en su artículo 39 establece la *obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia*, lo que sin duda no solo incluye a los hijos sino también a los padres.

La *justa causa* para no reconocer el derecho de relación personal al amparo del artículo 160 del Código Civil son los hechos o circunstancias que ponen en peligro la salud, seguridad, moralidad o educación del menor, más en cuanto a su existencia que en cuanto a su calidad. Si en el artículo 160 del Código Civil existe una presunción *iuris tantum* de que es del interés del menor mantener relaciones con parientes y allegados, y especialmente con los abuelos, por ser conveniente para su desarrollo y bienestar, como no va a serlo con sus padres... Salvo que haya justa causa que aconseje impedirlas que deberá ser probada por quien la quiera excluir, en este caso la Administración.

La negativa de la Administración a permitir la relación del menor con sus padres, parientes y allegados conlleva un *abuso del derecho* o, cuando menos, a un *ejercicio contrario a la buena fe*.

Aunque no es el objeto de la jurisprudencia comentada cabe la posibilidad de que sea el propio menor el que se niegue a comunicarse con el progenitor: por ejemplo si hay una mala relación del menor con el nuevo compañero/a del progenitor; la ausencia del progenitor de la vida del menor por un largo periodo de tiempo y, por tanto, la ausencia de relación entre ambos o debilitamiento de los lazos afectivos; el hecho de que el menor haya presenciado los malos tratos entre sus padres, o que él mismo haya sido víctima de malos tratos... En todos estos casos, y tras el asesoramiento de los especialistas, puede posibilitarse sin forzar la comunicación, sin más, habida cuenta de los perjuicios psicológicos que se le podrían causar, aunque tampoco cabe estimar la oposición y cercenar cualquier posibilidad de recuperación del contacto filial.

También la edad del menor debe tenerse en cuenta.

La directriz debe ser no restringir o limitar injustificadamente las relaciones del menor con el progenitor siempre, beneficiosas para el desarrollo del menor. Solo en casos especialmente motivados podrán tomarse medidas como instaurar un régimen de comunicación y estancias progresivo, reducción temporal del tiempo de comunicación, establecimiento de visitas tuteladas; en definitiva, cualquier medida adecuada y proporcionada a las circunstancias del caso que pretenda, como fin último la reanudación normalizada de las relaciones del menor con el progenitor (16).

En resumen, no debe olvidarse que la previsión legal y la orientación juríspudencial es, dentro de la protección del menor, la reinserción del niño en su propia familia y el mantenimiento de la relación con el núcleo familiar de origen, siempre que ello no resulte contrario a su interés.

### III. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El Juzgador de primera instancia es el que estudia y analiza de primera mano la situación en la que se encuentran los menores.

---

(16) MORENO VELASCO, Víctor, «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos», en *Diario La Ley*, núm. 7565, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2011, año XXXII, Ref. D-59, Editorial LA LEY. LA LEY 15763/2010.

Para suspender la patria potestad, se constata que existe situación de desamparo en los menores si se prueba que:

- Carecen de la asistencia material y espiritual mínima que demanda el ejercicio de la patria potestad.

*Asistencia material* que se concreta en deficiencias higiénicas en los menores y en el domicilio familiar; en la mala situación económica y, sobre todo, la inadecuada administración y organización doméstica.

Sin olvidar la *asistencia espiritual* centrada en las carencias afectivas de los menores y la ausencia de reglas y normas; la falta de contacto con otros miembros de la familia extensa con que pudieran relacionarse.

En definitiva el escaso interés en contribuir a su atención y cuidado.

- Y, si los progenitores carecen de aptitudes y facultades suficientes como para poder desempeñar su custodia.

Hechos que se constatan por la falta de percepción y conciencia que los progenitores muestran hacia la magnitud del problema familiar y a la falta de cobertura de las necesidades elementales de los menores, lo que denota una carencia notable de la capacidad de conciencia y comprensión suficientes de lo que la satisfacción de las necesidades y atenciones cotidianas de estos significa y comporta.

Suspensión de la patria potestad que es analizada con frecuencia a fin de conocer *si persiste esa situación de evidente riesgo para los menores*. Y que concluye con la existencia de dudas fundadas sobre las posibilidades futuras de que la atención de los menores se garantice en el mismo ambiente familiar en que se desarrollaba.

#### IV. EL CESE DE LA SUSPENSIÓN O RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Una vez declarada por la Administración la situación de desamparo de los menores, se continúa examinando si estas circunstancias han cambiado o si se aprecian avances significativos que permitan su revocación y la consiguiente reinserción familiar (17).

---

(17) El TS siempre insiste en la reinserción familiar. Vid. la STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, recurso 1186/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIÁS. Número de sentencia: 84/2011. Número de recurso: 1186/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1229/2011, donde se estima la oposición a la resolución administrativa que declaraba al menor en situación de desamparo, ya que el padre llevaba una vida relativamente adaptada, siendo beneficioso para el menor su reinserción en su propia familia. Aunque los Servicios Sociales deben llevar a cabo un seguimiento de la evolución del menor.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009 (recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 18409/2009) fue la que fijó la doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica. Y señaló que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, 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, y segundo,

Y es aquí donde reside la cuestión central del problema: la imposición de la suspensión cautelar del derecho de relación entre padres e hijos y, sobre todo, la ausencia de motivación concreta que justifique la adopción de tal medida.

En el caso de autos, la Administración encargada de realizar este seguimiento era la Consellería de Traballo e Benestar, quien entendió que las circunstancias no garantizaban el adecuado desarrollo y cuidado futuro de los menores (18).

La Administración está sometida al *principio rector de proporcionalidad* en su actuación sobre todo a la hora de valorar si el menor debe mantenerse en el núcleo o medio familiar, o no, por ser contrario a su interés (19).

Así como a la *obligación de promover la reinserción del menor* en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo, cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje (20).

En el ámbito administrativo gallego, la materia se halla regulada en el Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (21).

El artículo 30 del Decreto dedicado a señalar las políticas de prevención, se refiere a la obligación de la administración gallega de apoyar a la familia a cubrir las necesidades básicas del menor y mejorar su ambiente familiar, al objeto de garantizar su derecho a permanecer en él en condiciones que permitan su desarrollo integral.

Seguidamente, en su artículo 39 se desarrolla el derecho del menor a relacionarse con sus padres, tras ser separado de estos. La excepción, lógicamente se encuentra en el hecho de que este fuese adoptado por terceros o cuando así se acuerde por resolución judicial.

Además, se insiste que en el caso de un menor tutelado por la delegación provincial, esta podrá regular las condiciones del ejercicio de ese derecho atendiendo al interés del menor, y si hubiese oposición de los padres, resolverá el juez, oído el Ministerio Fiscal.

En su apartado segundo se indica que solamente si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja, la delegación provincial podrá suspender cautelarmente el derecho de relacionarse con sus padres comunicándole la resolución inmediatamente al Ministerio Fiscal, a los efectos correspondientes.

En el supuesto de hecho de la sentencia analizada, una vez declarada la situación de desamparo *se impone la suspensión cautelar del derecho de los padres de los menores a relacionarse con sus hijos y, además, la prohibición de cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes o allegados*. Siendo posible, como acabamos de indicar con la letra de la Ley que es posible que aun habiendo sido declarado el desamparo, la entidad pública podría en determinados casos mantener el derecho de los padres de comunicarse y visitar a sus hijos, a fin de

---

el modo en que 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.

(18) La situación de la madre no es indicativa de futura aplicación adecuada a la función de atención y cuidado. Y el padre, sin trabajo, se halla sometido a medidas cautelares penales y civiles por presuntos delitos de agresión en el ámbito familiar, violencia de género y tenencia ilícita de armas.

(19) Principio de proporcionalidad de la intervención pública protectora (art. 6.2 LDCG).

(20) Artículo 10.1.1.<sup>a</sup> LDCG/2006.

(21) Diario Oficial de Galicia, de 6 de marzo de 2000. 30.2 y 39.1 y 2.

procurar fomentar al máximo la relación de los menores con aquellos (lo que no se produjo en el caso de autos de la STSJP).

Todo ello sin olvidar que la Administración puede incluso realizar una propuesta de *acogimiento familiar preadoptivo de los menores, ex párrafo segundo del artículo 173.bis 3.º del Código Civil*. En cuyo caso el régimen de visitas resulta incompatible con la modalidad de acogimiento que se propone por la Entidad Pública.

En el caso de autos, la situación ha llegado hasta la búsqueda de una alternativa familiar definitiva para los menores. Todo ello justificado por el «Equipo Técnico del Menor», teniendo en cuenta «los antecedentes de la madre de los menores en el sistema de protección, los diferentes e infructuosos planes de trabajo llevados a cabo con la familia, las constantes negligencias y la falta de capacidades de los progenitores para llevar a cabo sus obligaciones parentales».

No obstante, el Ponente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que la *declaración de desamparo* y la consiguiente asunción de la tutela por la entidad pública, aunque conlleva, la *suspensión de la patria potestad* a que estuviera sometido el menor, también es cierto que *los progenitores, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores*. Todo ello en base al artículo 160.1 del Código Civil, de aplicación directa según el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE.

La excepción a este derecho de los padres de relacionarse con sus hijos se produce únicamente cuando son adoptados por otro. Pero en caso de acogimiento familiar (indiferentemente de la modalidad que sea), el derecho subsiste.

Es más, el Ponente reitera la necesidad de que en el documento donde se formalice el propio acogimiento familiar se debe incluir entre otros extremos la *periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido* (art. 173.2 CC, de aplicación supletoria ex art. 1.3 LDCG/2006, respecto del art. 23 LDCG/2006, que se limita a disponer que «el acogimiento se formalizará por escrito»).

Y, además, en todo caso, será el Juez quien regulará o suspenderá, atendidas las circunstancias y el interés del menor, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él (art. 161 CC).

El TSJ de Galicia considera *inaceptable* el proceder de la entidad pública que suspende cautelarmente el recíproco derecho de padres e hijos menores desamparados a relacionarse entre sí sin motivación en orden a «la gravedad de la situación» (peligro concreto y real para la salud básica, psíquica o moral del menor) y a si «el interés del menor aconseja» adoptar tal medida (22).

---

(22) En el mismo sentido se pronunció en la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de octubre de 2011, recurso 23/2011. Ponente: Miguel Ángel CADENAS SOBREIRA. Número de sentencia: 34/2011. Número de recurso: 23/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238120/2011 donde señaló que la resolución administrativa que suspendió cautelarmente el derecho de los padres a relacionarse con su hija, y el de los otros parientes y allegados, se produjo solo unos días después de la firmeza de la declaración de desamparo y sin disponer de ningún informe que a su fecha contemplase la situación de los padres y otros parientes de la niña, solamente fundándose en un informe de más de un año antes. Por tanto, no hay base legal valorable para suspender y prohibir el derecho del padre y hermana de la menor a relacionarse con ella.

De este modo, la resolución administrativa que suspende cautelarmente el derecho de los padres a relacionarse con su hija María Inés, y el de los otros parientes y allegados, se produce solo unos días después de la firmeza de la declaración de desamparo (sentencia de 13-10-09) y sin disponer de o aludir a ningún informe que a su fecha contemple y dé cuenta de la situación de los padres y otros parientes de la niña, solamente fundándose en un informe-propuesta del Equipo técnico de más de un año antes.

Insiste en que es *inaceptable* la conversión en cláusula de estilo de la resolución de desamparo la suspensión que se dice cautelar del derecho de los padres de los menores «a relacionarse con sus hijos» (así como la de «prohibir cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes y allegados»).

Medida cautelar que se convierte en tan dilatada que parece propiciar que sea definitiva la ruptura de la relación entre padres e hijos, y, más cuando, también injustificadamente, se acaba por comunicar a la madre de los menores desamparados que repetidamente había solicitado —sin obtener respuesta— un régimen de visitas que este «resulta incompatible» con la ya instada propuesta por la entidad pública de un acogimiento familiar preadoptivo de los menores (23).

En conclusión, ni la declaración de desamparo puede suspender sin motivación que explice «la gravedad de la situación» y «el interés del menor que lo aconseje» el derecho de padres e hijos a relacionarse, ni su mantenimiento puede compararse por la entidad pública un año después en una únicamente supuesta incompatibilidad del régimen de visitas con la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo.

---

Si los padres de la menor siguen visitándola después de emitido aquel informe-propuesta del Equipo Técnico, resulta procedente entender que sin analizar la situación existente al tiempo de ser dictada, y no haberse emitido informe alguno en el que se reflejaran las circunstancias de los progenitores de la menor y del resto de su entorno familiar, no se han valorado aspectos relevantes. Además, las hermanas mayores de edad han mostrado su preocupación e interés estando dispuestas a asumir su guarda o tutela. Residen en un inmueble adecuado en compañía del novio de una de ellas y perciben unos ingresos dignos Siendo sorprendente que la Administración ha prescindido de ellas.

El artículo 6 de la LDCG establece como uno de los principios rectores a efectos de decidir la medida de protección adecuada para los menores de acuerdo con el principio de proporcionalidad de la intervención pública protectora, y consiguientemente el del mantenimiento del menor en el núcleo o medio familiar o entorno de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

El artículo 7 indica que corresponde a la entidad pública competente la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo, y el artículo 10 dispone que tras la declaración de desamparo, deberá promover su reinserción en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo «cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje». En armonía con el artículo 39 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (DOGA. Diario Oficial de Galicia, núm. 45, 6 de marzo de 2000) que insiste en que el menor separado de sus padres tiene derecho a relacionarse con estos, excepto si fuese adoptado.

(23) En la STSJG 34/2011, de 27 de octubre, primera y hasta el momento la única de las dictadas por la Sala en materia de protección de menores, acusamos la ausencia de base de la resolución administrativa que en relación al caso entonces enjuiciado acordó suspender el derecho de los padres de la menor declarada en situación de desamparo a relacionarse con ella (así como prohibir cualquier clase de relación entre la menor y otros parientes o allegados); carencia de justificación extensible a la posterior resolución de acogimiento familiar provisional, en la que tampoco explicitaba el porqué de la inconveniencia o inviabilidad de mantener la relación de la menor desamparada con su familia de origen, relación injustificadamente cercenada según dijimos.

## V. EXISTENCIA REAL DE DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GALLEGA

Por último, solamente indicar que aunque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no indica nada al respecto, debe valorarse la posible existencia de un daño moral que incluso podría ser irreparable.

No olvidemos la lucha de una madre durante tres años, hasta llegar al reconocimiento por la Sala del TSJ de reanudar su derecho y las relaciones materno-familiares en la que se incardina el derecho de visitas del que no debió de ser privada sin causa por la entidad pública tutora, del mismo modo que no debió de haber quedado sin respuesta jurisdiccional en las instancias la pretensión que en tal sentido dedujo. Todo ello en términos de la propia sentencia.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María: «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-255, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 22501/2001.

IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel DE LA: «Atribución al padre de la guarda y custodia de un menor tras el fracaso del reinicio de la relación con su hijo a través de un régimen de visitas», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 714, año 2010, págs. 2180 a 2183.

- «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reincisión en la familia biológica», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 717, año 2011, págs. 297 a 312.
- «Tutela automática de los menores e incapaces desamparados por entidad pública y doctrina jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 727, año 2011, págs. 2773 a 2790.

MORENO VELASCO, Víctor: «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos», en *Diario La Ley*, núm. 7565, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2011, año XXXII, Ref. D-59, Editorial LA LEY. LA LEY 15763/2010.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001, recurso 2813/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 1275/2001. Número de recurso: 2813/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 236083/2001.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165139/2004.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de mayo de 2005, recurso 2046/2001. Ponente: Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES. Número de sentencia: 384/2005. Número de recurso: 2046/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 114792/2005.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009.

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, recurso 1186/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 84/2011. Número de recurso: 1186/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1229/2011.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel SANDE GARCÍA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 34/2011. Jurisdicción: CIVIL Diario La Ley, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 25774/2012.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de octubre de 2011, recurso 23/2011. Ponente: Miguel Ángel CADENAS SOBREIRA. Número de sentencia: 34/2011. Número de recurso: 23/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238120/2011.

## VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20-11-1989 (art. 3.1), ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990.
- CE (art. 39).
- CC (arts. 160, 161, 172.1, 173).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 2).
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (art. 7).
- Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (Diario Oficial de Galicia de 6 de marzo de 2000). 30.2 y 39.1 y 2.

## RESUMEN

MENORES  
ACOGIMIENTO  
PATRIA POTESTAD

*La declaración de desamparo y asunción de la tutela por entidad pública conlleva la suspensión de la patria potestad. El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos subsiste en caso de acogimiento familiar. Únicamente se suspenderá o se restringirá por resolución judicial o, cautelarmente, por resolución de la Delegación Provincial que ejerce la tutela administrativa si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja.*

## ABSTRACT

MINORS  
FOSTERING  
PARENTAL AUTHORITY

*When a minor is declared abandoned and is put under the guardianship of a public agency, parental authority is suspended. When children are put into a foster home, their parents continue to hold the right to engage in a relationship with them. The parents' right will be suspended or restricted only by court order or as a precautionary measure taken by the provincial bureau holding administrative authority over the children, if the situation is serious enough to so require and if it is in the children's best interests to do so.*