

1.2. Familia

IMPUGNACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DE MENORES Y SU POSIBLE REINSERCIÓN EN LA FAMILIA BIOLÓGICA (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR.—III. EL DESAMPARO: MEDIDAS DE PROTECCIÓN.—IV. ASUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURRÍAN EN EL MOMENTO EN QUE SE DECLARÓ EL DESAMPARO.—V. RELEVANCIA SUFFICIENTE DE LA EVOLUCIÓN FAVORABLE DE LA FAMILIA BIOLÓGICA POSTERIOR AL DESAMPARO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA UNIDAD FAMILIAR.—VI. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LA SITUACIÓN DE LA FAMILIA BIOLÓGICA EN LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—VII. PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE REINSERCIÓN.—VIII. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL CASO ENJUICIADO.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario es de indudable interés, pues fija doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica (2).

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 47/2007. Diario La Ley, núm. 7285, Sección «La sentencia del día», de 17 de noviembre de 2009, año XXX, editorial LA LEY. LA LEY 184099/2009. Sala integrada por: Juan Antonio XIOL Ríos, Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL y Antonio SALAS CARCELLER.

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

- a) existe negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja, negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, y ejercicio de la prostitución estando presente el marido y la hija en una primera etapa;
- b) en el momento de decidir la madre biológica, que convive con una nueva pareja y tiene un bebé, se encuentra adaptada y con estabilidad familiar, pero según la prueba pericial psicológica presenta déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales;

II. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR

Muchos son los preceptos incluidos en nuestro ordenamiento jurídico que buscan el interés del menor. Así, el artículo 172.4 del Código Civil dice que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reincisión en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, incluida la reinmersión del menor en su propia familia objeto de análisis.

No podemos olvidarnos de la archiconocida *normativa internacional* como «La Convención de Derechos del Niño» (3), de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y la «Carta Europea de los Derechos del Niño», aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.

- c) según la prueba pericial psicológica, dado que la menor se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente, es aconsejable mantener su situación actual y concluir la adopción, dado que un cambio en la situación podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y comportamiento.

La *Audiencia Provincial* revocó esa resolución y declaró no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo, sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales de las medidas pertinentes. Se funda, en:

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

(3) Acuerdos Internacionales sobre Protección de los Derechos del Menor, en los artículos 3.1 y 9.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. El artículo 3.1 dice 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, tendrán una consideración primordial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño».

El artículo 9.1 afirma que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, añadiendo que, no obstante: «esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño».

Debemos recordar los derechos constitucionales que amparan al menor y que están recogidos en la CE: artículos 10-1 (sobre el libre desarrollo de la personalidad —paternidad responsable—), 15 y 27 (derecho a la educación y a la formación física, moral e intelectual para una vida plena), y 39 (aseguramiento de la protección integral a los hijos en todos los órdenes).

La cuestión es que no siempre es fácil buscar el interés superior del menor.

Es obvio que en casos de desatención por los padres biológicos, los niños deben ser protegidos y la Administración será la encargada de tomar las medidas oportunas siempre que estén justificadas.

El problema radica en que se pueden producir cambios y la menor puede ser dada en acogimiento preadoptivo por otra familia. Y, a la vez, también se pueden producir cambios en la familia o madre biológica que supera su situación anterior.

Mientras estos cambios se producen, los menores suelen estar totalmente adaptados en la nueva familia de acogida, en el colegio y en todo el mundo que les rodea.

La vuelta con la madre o familia biológica puede suponer un desajuste psicológico con problemas emocionales, de estrés y ansiedad.

No podemos olvidar el interés de la madre biológica en recuperar a su hijo o incluso hijos.

¿Qué debe hacerse? ¿Debe prevalecer el interés del menor por encima de todo? ¿Debe quedar supeditado el interés de la madre biológica al interés del menor?

El interés de esta sentencia se encuentra en que *la sentencia recurrida en casación, además de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, señala los puntos y las cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales*.

Así, nos encontramos con que hay algunas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra la recurrida, que *estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideran que para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que ésta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción*.

Por el contrario, *otras Audiencias Provinciales valoran el interés del menor por encima de la posibilidad de reinmersión en su familia biológica y consideran que las circunstancias que deben tenerse en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir*.

III. EL DESAMPARO: MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El Código Civil establece las medidas de protección que se deben adoptar respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo:

- la asunción por la Administración de la tutela del menor (art. 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (art. 173.3 II y 173 bis.1º CC);
- el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres no se oponen (art. 173 bis.2º y 3º CC).

Se establece que las *resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley* serán recurribles ante la jurisdicción civil (art. 172.6 CC).

Los padres pueden solicitar durante el *plazo de dos años la revocación de la declaración de desamparo del menor si*, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 CC).

Se plantean dos cuestiones al aplicar esta regulación:

1. Por un lado, el juez, tras examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, puede contemplar 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.
Por otro lado, puede entenderse que únicamente deben tenerse en cuenta las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.
2. La segunda cuestión gira en torno a cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

Sobre estas dos cuestiones existe doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales.

IV. ASUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURRÍAN EN EL MOMENTO EN QUE SE DECLARÓ EL DESAMPARO

Unas Audiencias Provinciales mantienen que el juez, en la *impugnación de la declaración de desamparo debe atenerse exclusivamente a las circunstancias que concurrían en el momento en que se produjo la declaración*.

Así nos encontramos con la sentencia de la AP de Baleares, Sección 3.^a, de 11 de marzo de 2005, RC número 601/2004, según la cual: «los hechos posteriores... no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho» (4).

La sentencia de la AP de La Rioja, de 13 de octubre de 2008, RA número 232/2008 (5), señala en el FJ 2.^º que: «...y, aún cuando se ha reiterado doc-

(4) Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 3.^a, sentencia de 11 de marzo de 2005, recurso 70/2005. Ponente: Catalina María MORAGUES VIDAL. Número de sentencia: 114/2005. Número de recurso: 70/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58048/2005.

(5) Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia de 13 de octubre de 2008, recurso 232/2008. Ponente: María del Carmen ARAUJO GARCÍA. Número de sentencia: 285/2008. Número de recurso: 232/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 259127/2008. El ámbito impugnatorio está limitado al examen de la adecuación de la resolución impugnada a las circunstancias de los menores y del padre al tiempo de ser dictada, con independencia de que su situación personal y familiar haya cambiado desde entonces. Los menores se encontraban en una situación de absoluta desatención material y moral, no sólo por las

trinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, sin embargo, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece el menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución, por lo que hay que estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-familiares, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común».

Igualmente, la sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, de 3 de junio de 2008, *RA* número 1709/2008 (6), señala la imposibilidad de reinmersión en la familia biológica y la adaptación del menor en el hogar preadoptivo.

La sentencia de la AP de Granada, Sección 5.^a, de 21 de diciembre de 2007, *RA* número 505/07 (7), la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2007, *RA* número 606/2006 (8); y la sentencia de

personales condiciones de vida, de las que derivaba una deficiente higiene y alimentación inadecuada, sino por la falta de estimulación que conllevaba retrasos importantes en su desarrollo evolutivo. Cuando se decretó el desamparo, asunción de tutela automática y acogimiento residencial de los tres menores, las circunstancias objetivas concurrentes justificaban cumplidamente las decisiones adoptadas, en tanto acordes con el interés de los menores y protección que merecen.

(6) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 3 de junio de 2008, recurso 1709/2008. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 274/2008. Número de Recurso: 1709/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 203695/2008. Declaración de desamparo de los menores, habiéndose acordado el acogimiento familiar preadoptivo, siendo imposible la reincisión con la familia biológica. Situación de alto riesgo para los menores, dada la crisis de pareja de sus progenitores, la toxicomanía de ambos y la falta de recursos económicos, presentando numerosas carencias en las necesidades más básicas y elementales. Plena integración de los menores en la familia de acogida. Pese a existir una mejoría en la situación personal del padre biológico, el momento que debe tenerse en cuenta para determinar si los progenitores biológicos están o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquél en que se decretó la situación de desamparo, careciendo de trascendencia cualquier otro posterior al quedar los menores fuera del ámbito de protección de aquellos. No es preciso el asentimiento del padre biológico para la adopción de las dos menores al hallarse aquél incurso en causa de privación de la patria potestad al tiempo de declararse el desamparo.

(7) Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, sentencia de 21 de diciembre de 2007, recurso 505/2007. Ponente: José Maldonado MARTÍNEZ. Número de sentencia: 565/2007. Número de recurso: 505/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 343102/2007. La situación de desamparo lleva consigo la suspensión de la patria potestad de los padres y confiere la tutela a la entidad pública. El desamparo de los menores es una situación de hecho que afecta al menor y que puede estar causada por actos propios e imputables a los que tienen el deber de cuidar de los mismos, como a circunstancias de las que no son responsables, resultando en todo caso imprescindible que los menores queden privados de la necesaria asistencia moral o material, siendo compatible una voluntad o interés en los padres o tutores de ejercer las referidas funciones paterno-familiares con una ausencia de posibilidades reales de llevarlas a cabo, dado que la norma no exige que concurran conjuntamente la privación de la asistencia moral y la material, bastando que concurra una de ellas con la entidad suficiente para apreciar tal carencia.

(8) Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia de 26 de marzo de 2007, recurso 606/2006. Ponente: Modesto Valentín ADOLFO BLANCO FERNÁNDEZ

la AP de Granada, Sección 5.^a, de 22 de junio de 2007, RA número 650/06, se basan en los mismos fundamentos que las anteriores (9).

Sentencias que siguen la doctrina jurisprudencial contenida en la del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 2001, RC número 2813/1996, como se alegó por la parte recurrente en casación (10).

Sin embargo, el ponente de nuestra sentencia objeto de comentario, Excmo. señor don Juan Antonio XIOL Ríos, afirma que la argumentación de esta sentencia, en el punto controvertido, no puede ser considerada como expresión de una doctrina jurisprudencial, pues en ella la afirmación de que «el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida... cuando la tutela de los [menores] fue asumida por la entidad demandada» no se presenta como *razón operativa* para resolver la cuestión planteada en el recurso, sino como *argumentación incidental* para descartar la relevancia de una alegación que la Administración, al defender la declaración de desamparo, hizo a título de reserva sobre la existencia de una modificación de las circunstancias familiares.

DEL Viso. Número de sentencia: 116/2007. Número de recurso: 606/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 40134/2007. El momento en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo. La madre biológica se desatendió de la menor desde su nacimiento, consintiendo todas las resoluciones previas lo que determina que se halle incursa en causa de privación de la patria potestad. No cabe apreciar una supuesta rehabilitación por parte de la madre, por lo que no es necesario su consentimiento a la adopción.

(9) Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, sentencia de 22 de junio de 2007, recurso 650/2006. Ponente: José Maldonado Martínez. Número de sentencia: 282/2007. Número de recurso: 650/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 221277/2007. Oposición de la madre biológica a la resolución administrativa de desamparo. Se desestima porque la demandante no ha acreditado que hayan desaparecido las circunstancias de abandono y riesgo en el cuidado de sus hijos, que sólo ha reconocido que se han producido respecto de uno de ellos. El interés preferente del menor es que pueda ser integrado y educado en su entorno familiar natural, pero este principio quiebra cuando las circunstancias de este entorno comprometen y arriesgan gravemente su necesaria asistencia moral o material, y la evidente situación de abandono hace necesario que intervenga la Administración para garantizar que la situación de acogimiento va a desarrollarse con máximo rigor, sin perjuicio de que si resulta acreditado un cambio de circunstancias con la seguridad de que no llegue a reproducirse la misma situación, pueda dejarse sin efecto el régimen de acogida, pero esta prueba no la ha aportado la parte actora.

(10) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Sentencia 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. Constituida la tutela de los menores Raúl, David y Elena por la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, no siendo ajenos a dicho estado determinados trastornos padecidos por su madre quien en comparecencia ante la Comisión manifestó su conformidad en que la Comunidad Autónoma asumiera el cuidado de los menores por carecer de medios económicos para hacerse cargo de ellos y por existir una sospecha de drogadicción de los niños.

El FJ 2 dice que «la particularidad de la actual modificación de las circunstancias familiares, según se informa en el escrito de impugnación del recurso, respecto a que los tres menores permanecen ahora en compañía de su madre y a la recuperación de ésta, no empece a la decisión desestimatoria adoptada, *toda vez que el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida en el mes de agosto de 1991*, cuando la tutela de los mismos fue asumida por la entidad demandada».

V. RELEVANCIA SUFFICIENTE DE LA EVOLUCIÓN FAVORABLE DE LA FAMILIA BIOLÓGICA POSTERIOR AL DESAMPARO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA UNIDAD FAMILIAR

Otras sentencias de las Audiencias Provinciales reconocen una *relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo* para valorar si deben o no mantenerse las medidas de protección frente al desamparo.

Consideran la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en la sentencia de la AP de Toledo, de 21 de noviembre de 2006, RA número 245/2006, objeto del recuso de casación de la sentencia que comentamos.

En esta línea, la sentencia de la AP de Castellón, Sección 2.^a, de 25 de noviembre de 2008, RA número 79/2008 (11), insistió en el derecho del menor a crecer y ser educado en el seno de su familia de origen, el cual debe conjugarse con la prioridad de la familia natural de donde proviene. Consideró injustificada y precipitada la forma en que la Administración encargada de la protección de los menores, que acordó la ruptura de las relaciones de estos con sus padres, debiendo realizar las comprobaciones precisas para indagar si es posible la reintegración de los menores en su familia de origen.

La sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, de 31 de octubre de 2006, RA número 5467/06) (12) indicó que «constituye principio inspirador de la normativa de protección del menor el de procurar la reinserción del niño en su propia familia biológica, siempre que ello sea posible en interés del menor, debiendo conjugar el principio del interés del menor con el de otros derechos e intereses en juego, como el de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación».

(11) Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, sentencia de 25 de noviembre de 2008, recurso 79/2008. Ponente: Pedro Javier ALTARES MEDINA. Número de sentencia: 138/2008. Número de recurso: 79/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 287972/2008. La sentencia deja sin efecto la Resolución de la Dirección Territorial de Bienestar Social en la que se acordaba el acogimiento familiar preadoptivo provisional de los menores a favor de la familia acogedora. Si bien al dictarse la resolución administrativa persistían los motivos que determinaron la declaración de desamparo, *se han producido cambios en las circunstancias que se tuvieron en cuenta. Indicios de relevante mejoría en el estado de la vivienda familiar y evolución favorable en el tratamiento del padre de deshabituación a las drogas. Se tiene muy en cuenta al valorar los intereses de los menores los sentimientos de estos y los lazos afectivos existentes con los padres*, no pudiendo excluirse la posibilidad de que los niños puedan volver con sus padres.

(12) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 31 de octubre de 2006, recurso 3484/2006. Ponente: Rafael MÁRQUEZ ROMERO. Número de sentencia: 431/2006. Número de recurso: 3484/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 269056/2006 Principio del interés del menor. Las circunstancias y personalidad de los menores, próximos a alcanzar la mayoría de edad, aconsejan tanto dejar sin efecto la resolución administrativa de desamparo, al presentar una inadaptación absoluta en el centro de acogimiento, incumpliendo las normas de convivencia manifestando reiteradamente su voluntad de regresar con su madre y su hermano.

Otras sentencias de las Audiencias Provinciales, en una posición que puede calificarse de *mayoritaria*, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para *restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor*.

La relevancia del cambio debe ser tal que compense el tener que desmontar la situación creada: el acogimiento familiar en que se encuentre. Se tendrá que tener en cuenta:

- el tiempo transcurrido en la familia de acogida,
- si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria,
- si se han desarrollado vínculos afectivos con ella,
- si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico,
- si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica,
- y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Esta doctrina es también seguida por la sentencia de la AP Sevilla, Sección 6.^a, de 12 de junio de 2000, RA número 3044/1999 (13), que dijo que: «si bien la madre padecía adicción a las bebidas alcohólicas, los menores no se encuentran en situación de desamparo, ya que tras la superación de la enfermedad se ha recuperado totalmente, sin que exista obstáculo alguno para el correcto ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia

(13) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.^a, sentencia de 12 de junio de 2000, recurso 3044/1999. Ponente: Marcos Antonio BLANCO LEIRA. Número de sentencia: 464/2000. Número de recurso: 3044/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 120631/2000. Oposición al acogimiento preadoptivo y a la declaración de desamparo de los menores: procedencia. La situación fáctica que motivó la intervención de la fiscalía de menores y de la Administración vino motivada con ocasión de una intervención y actuación policial en una vivienda, en el curso de la cual constata el estado etílico en que se encontraba una mujer, y que ésta tenía dos hijos sin que hubiese en la vivienda ninguna otra persona mayor de edad que pudiese hacerse cargo de ellos; a partir de tal situación, por la Fiscalía de Menores se ordena el internamiento de los dos hermanos menores de edad pasando posteriormente a ser dados en acogimiento familiar.

Ninguna otra circunstancia es reprochable a la madre ni determinante de la situación material susceptible de ser calificada como de abandono, ya en el informe socio-educativo del Ayuntamiento, esto es, practicado a los siete meses del apartamiento de los menores de su madre, se afirma que no se puede cuestionar su papel de madre, en todo momento atenta a las necesidades de sus hijos hasta el punto de pasar ella privaciones, y así se observa en el informe que los menores vestían ropas nuevas, complementos coordinados y calzado adecuado y en buen estado de uso, y por el contrario la madre presentaba un aspecto descuidado, ropas muy usadas y calzado desgastado. Era pues su alcoholismo el único dato negativo para el cuidado y atención de sus hijos. La madre sigue tratamiento rehabilitador y mantiene abstinencia absoluta de bebida alcohólica, habiendo sido la evolución en dicho período notable, afrontando las situaciones, no huyéndolas, superando obstáculos y atendiendo sus quehaceres diarios, atendiendo a las citas concertadas, realizando el tratamiento de forma correcta y habiendo pasado al grupo de terapia o segundo nivel debido a su buena evolución.

de sus hijos. Preferencia por el mantenimiento de los niños con su familia biológica».

La sentencia de la AP de Valencia, Sección 10.^a, de 29 de noviembre de 2002, *RA* número 781/2002 (14), acordó el acogimiento familiar preadoptivo provisional del menor por la familia seleccionada por el Consejo de Adopción. La situación de desamparo del menor se ha corregido con continuidad en el tiempo, teniendo en cuenta el beneficio del niño. Existe una limitación de la capacidad educativa de los padres biológicos del menor.

Posición que hemos visto en las siguientes sentencias: sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, de 11 de julio de 2008, *RA* n.^o 3919/2008 (15); sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 21 de abril de 2008, *RA* número 515/07 (16); sentencia de la AP de León, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2008, *RA* número 373/07 (17); sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 15 de mayo de 2007, *RA* número 74/07 (18); sentencia de la AP

(14) Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 29 de noviembre de 2002, recurso 781/2002. Ponente: José BONET NAVARRO. Número de sentencia: 633/2002. Número de recurso: 781/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 200988/2002.

(15) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, Auto de 11 de julio de 2008, recurso 3913/2008. Ponente: PALACIOS MARTÍNEZ, Andrés. Número de sentencia: 159/2008. Número de recurso: 3913/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 203852/2008. Se mantiene el acogimiento familiar. Subsistencia de la situación de desamparo en que se encontraba la menor por incapacidad e inhabilidad de su madre para ejercer adecuadamente sus funciones parentales, lo que determina la procedencia de mantener la medida de acogimiento preadoptivo establecido, en atención al interés prevalente y superior de la menor, plenamente integrada en la familia de acogida, y en evitación de situaciones de riesgo y reproducción de actuaciones perjudiciales para la misma.

(16) Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia de 21 de abril de 2008, recurso 515/2007. Ponente: Luis Javier CAPOTE PEREZ. Número de sentencia: 189/2008. Número de recurso: 515/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 73268/2008. Oposición a la resolución administrativa de acogimiento preadoptivo. Idoneidad de la medida adoptada respecto a la menor en atención al principio prevalente de *favor minoris*, al ser más adecuado a éste el mantenimiento de la niña en compañía de sus padres preadoptivos que su reintegro a la familia biológica, atendiendo a las circunstancias concurrentes de falta de capacidad y apoyos familiares de la madre.

(17) Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, Auto de 30 de enero de 2008, recurso 373/2007. Ponente: Ana DEL SER LÓPEZ. Número de sentencia: 25/2008. Número de recurso: 373/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 23086/2008. No existe prueba de que se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta inicialmente, ni que la madre se encuentre en condiciones de poder garantizar el cumplimiento de unos mínimos de atención al menor, ni procurarle la asistencia y atención necesarias que permitan acordar el cese del régimen de acogimiento. El lógico conflicto de intereses que se produce por el malogrado intento de la madre biológica de recuperar a su hijo frente a la actitud de la entidad pública de mantener la actual situación de acogimiento, debe resolverse atendiendo a lo que los Tribunales, como en este caso, decidan que representa el interés prioritario en beneficio del menor.

La incapacidad hasta el momento de la madre para dispensar de modo responsable la atención que en todos los órdenes demanda el menor y después del fracaso de los intentos por integrar al menor con su madre, sin resultados positivos, se aprecia que la situación precisa de una medida definitiva que esté dirigida a promover su integración en un núcleo de convivencia natural alternativo a su familia biológica, en condiciones que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social, cultural y su desarrollo como persona, objetivo al que responde la modalidad de acogimiento ahora controvertido.

(18) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 15 de mayo de 2007, recurso 74/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 227/2007.

de Alicante, Sección 6.^a, de 21 de febrero de 2007, *RA* número 16/07 (19); sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de enero de 2007, *RA* número 551/06 (20); sentencia de la AP de Orense, Sección 1.^a, de 27 de julio de 2006, *RA* número 26/06 (21); y en la sentencia de la AP de Cádiz, Sección 2.^a, de 20 de enero de 2006, *RA* número 119/05 (22).

Número de recurso: 74/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 113856/2007. Aunque la situación de la madre del menor ha mejorado desde una perspectiva socio-económica y afectiva —aunque no tanto como ella pretende hacer creer—, no lo es menos que su situación y actitud en el ámbito propiamente personal y humano no ha variado. El proyecto de guarda y custodia que presenta está idealizado y no contempla las dificultades y limitaciones propias, sustentándose, principalmente, en su deseo de ejercer el rol materno, y por ello deber entenderse que prioriza el cumplimiento de este deseo frente a las necesidades del niño, sin contemplar en absoluto las repercusiones negativas que se pueden derivar para el menor. Éste se encuentra totalmente integrado en una familia acogedora desde que tenía los diez meses de vida cuando en la actualidad cuenta ya con cuatro años y medio de edad y que su madre —que ahora pide su guarda—, hace más de tres años que ni siquiera ha visto al niño.

(19) Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, sentencia de 21 de febrero de 2007, recurso 16/2007. Ponente: José María RIVES SEVA. Número de sentencia: 77/2007. Número de recurso: 16/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 103346/2007. En la materia de la protección de menores en desamparo debe primar el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo —el de la madre— que pueda concurrir. La solicitud de visitas realizada por la madre de los menores tutelados por la administración debe rechazarse atendiendo al informe psicosocial practicado en las actuaciones, tomando en consideración que los menores están en situación de acogimiento familiar preadoptivo perfectamente integrados en su nueva familia y en su entorno social de amigos y escuela, refiriendo como personas significativas a quienes en la actualidad consideran sus padres. El informe médico sobre el estado actual de la madre biológica no es relevante para la causa.

(20) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 25 de enero de 2007, recurso 572/2006. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 25/2007. Número de recurso: 572/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 52856/2007. La madre no podía atender adecuadamente a sus hijos, así como la imposibilidad del retorno de éstos al entorno familiar biológico, dado el estado de temor que ello les comportaba, tras haber padecido y sufrido situaciones de malos tratos físicos y psíquicos... éstos se encuentran viviendo con una familia de acogida, con la que se encuentran totalmente adaptados e integrados, siendo la evolución experimentada por ambos altamente positiva, es por lo que, en interés de los menores, debe mantenerse y ratificarse la medida protectora acordada respecto de los mismos.

(21) Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, sentencia de 27 de julio de 2006, recurso 26/2006. Ponente: Ángela Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ. Número de recurso: 26/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184176/2006. Tutela pública motivada por la falta de aptitud y disposición de los padres para ejercer de un modo adecuado las obligaciones inherentes a la paternidad. Conducta agresiva en el ámbito familiar. No existe causa de cesación de la medida de acogimiento acordada, pues los padres no ostentan la patria potestad de los menores, al ser asumida la tutela por la entidad pública ante su situación de desamparo, confirmada mediante resolución judicial firme, lo cual conlleva que por ministerio de la Ley dicho organismo ostenta la tutela de los menores, suspendiéndose la patria potestad respecto de los padres careciendo del ejercicio de la patria potestad que los legitima para interesar el cese del acogimiento familiar. Prevalencia del interés del menor sobre el de la reincisión del menor en su propia familia.

(22) Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.^a, sentencia de 20 de enero de 2006, recurso 119/2005. Ponente: Manuel DE LA HERA Oca. Número de sentencia: 4/2006. Número de recurso: 119/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28482/2006. Declaración de

Esta última línea jurisprudencial resulta acogida por la sentencia del TS de 2 de julio de 2001, *RC* número 1335/1996 (23), que considera razonable el mantenimiento del acogimiento residencial «a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero».

VI. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LA SITUACIÓN DE LA FAMILIA BIOLÓGICA EN LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En resumen, la *jurisprudencia* ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo [SSTS de 12 de julio de 2004 (24) y de 23 de mayo de 2005 (25)].

situación de desamparo, tutela por parte de la Administración y mantenimiento de la menor bajo la guarda de su acogedora de hecho. Interpretación restrictiva de la acreditación de la falta de asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo. Incumplimiento por parte de la madre biológica de los deberes impuestos a los padres como consecuencia de la patria potestad. Si bien la madre se preocupa por la menor, diversas circunstancias como el desarraigo familiar o la precariedad laboral y los cambios continuos de trabajo, suponen un inadecuado marco de ejercicio de la patria potestad. Procede mantener a la menor bajo la custodia de su guardadora actual, en atención al interés de la propia niña, y para favorecer la hipotética recuperación por la madre biológica. La coexistencia de la tutela pública con la guarda que se mantiene no resulta incompatible.

(23) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 2 de julio de 2001, recurso 1335/1996. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 658/2001. Número de recurso: 1335/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5753/2001. El FJ 3.º dice que «el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero. Y debe recordarse que el acogimiento residencial a que la menor se hallaba sometida, era complementado por un régimen de visitas y vacaciones que no obstaculizaba, sino que favorecía la comunicación entre madre e hija».

(24) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. LA LEY 165139/2004. Incumplimiento por los padres biológicos de los deberes inherentes a su ejercicio. Los otros cuatro hermanos de la menor se encuentran en situación de tutela por idénticas razones. Consta la inhabilitación de la vivienda familiar, sin que los demandados hayan acreditado la mejora de sus condiciones familiares como optantes a otra nueva de protección oficial.

Dice la sentencia que «la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos. Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes de la misma».

(25) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia 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. LA LEY 114792/2005. Privación a los padres biológicos. Desatención de los deberes parentales. La madre padece una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de la menor y el padre no puede ocuparse de ella por motivos laborales. Principio de *favor filii*. Mantenimiento de la niña en situación de tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros.

La *jurisprudencia constitucional*, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2.^º) (26); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama *la exclusión de la preclusividad* (STC 75/2005, de 4 de abril) (27), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio, consagra el principio de *perpetuación de la acción*, disponiendo que «[n]o se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención».

Este principio tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportuni-

(26) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 58/2008, de 28 de abril de 2008, recurso 2306/2005. Número de sentencia: 58/2008. Número de recurso: 2306/2005. LA LEY 32622/2008. El Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo promovida por la madre biológica frente a las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia, número 10 de A Coruña, en expediente de jurisdicción voluntaria de adopción de su hijo menor de edad, y declara que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al no haberse indicado la causa por la que se entendía que podía prescindirse de su asentimiento a la adopción y no adoptar las medidas precisas para someter a enjuiciamiento el carácter necesario o contingente de dicho asentimiento.

En el presente supuesto ni el menor se hallaba emancipado ni la demandante se encontraba privada de la patria potestad, sino que tan sólo el ejercicio de ésta por su parte se encontraba suspendido —*ex art. 172.1, in fine*, del Código Civil (CC)— como consecuencia de la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública de protección de menores, el único supuesto de entre los mencionados en el artículo 177.1.2 del Código Civil que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la demandante de amparo sería el de encontrarse la madre *in causa legal para tal privación*.

(27) Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 75/2005, de 4 de abril de 2005, recurso 1713/2002. Ponente: Francisco Javier DELGADO BARRIO. Número de sentencia: 75/2005. Número de recurso: 1713/2002. LA LEY 972/2005. En el FJ 3.^º hemos afirmado que en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que «en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia (tanto) los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación (que) son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen».

Y en el FJ 4.^º se afirma que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de Familia [STC 4/2001, de 15 de enero (LA LEY 2364/2001), FJ 4.^º], no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho Privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1.826 LEC)».

dades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (art. 412 LEC), y la posibilidad de tomar en *consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general* relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

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

En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, *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*.

VII. PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE REINSENCIÓN

El artículo 172.4 del Código Civil establece que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su *reinserción en la propia familia*.

El principio de reinserción está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1986, y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre (28).

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

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe *esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices*, para atribuir valor preponderante a una u otra

(28) Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 298/1993, de 18 de octubre de 1993, recurso 1888/1992. Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 298/1993. Número de recurso: 1888/1992. LA LEY 2341-TC/1993.

de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la *superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor*, puesto que la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Debe concluirse que *el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado* y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores.

Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

En conclusión, esta Sala sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

VIII. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL CASO ENJUICIADO

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a las siguientes apreciaciones:

- a) La resolución recurrida establece que la asunción de la tutela automática estuvo justificada en el momento en que se adoptó.
- b) Para valorar la procedencia o improcedencia de la declaración de desamparo impugnada y de la medida de acogimiento familiar pre-adoptivo solicitada, debe tenerse en cuenta la evolución posterior de la madre biológica en el terreno de la realidad, independientemente de las causas que puedan haber influido en ella, incluido el mayor o menor acierto de la Administración en las medidas adoptadas.
- c) El propósito expresado por la madre biológica de asumir su rol parental y de atender adecuadamente a la menor en sus nuevas circunstancias familiares no es suficiente para garantizar que la reintegración al entorno de la familia biológica es adecuado al interés de la menor.
- d) Aunque se ha acreditado una evolución favorable en la situación de la madre biológica, el tenor del dictamen pericial emitido en el proceso no permite asegurar que esta evolución sea suficiente para eli-

- minar el riesgo de desamparo de la menor si se restablece la unidad familiar, pues, entre otros factores, depende según el dictamen pericial, de hechos circunstanciales, como su vida en pareja.
- e) La anterior conclusión se justifica en el hecho de que en el dictamen pericial se manifiesta que la madre continúa padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. La posibilidad de superar estos déficits mediante la ayuda de otras personas y de los servicios sociales no aparece en un examen del conjunto de circunstancias como suficientemente segura, por existir antecedentes de rechazo por la madre biológica de la ayuda de parientes y de los servicios sociales para la debida atención a la menor.
- f) Las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que se compensa el interés de la menor en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra, dados los hechos que se destacan en el informe pericial acerca de su edad y el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su satisfactoria integración en ella, la aparente falta de referencias parentales de la menor hacia su madre biológica registrada en la exploración, y el riesgo de desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje, comportamiento y posible depresión en el caso de ser reintegrada a su familia biológica.
- g) El hecho de que la madre esté a cargo de un nuevo hijo, no desvirtúa las conclusiones anteriores, pues este hecho no demuestra, por sí mismo, que la reinserción familiar de la menor, que fue declarada en desamparo, sea procedente; las cargas parentales revisten mayor dificultad cuando el número de hijos es mayor; y el interés de la menor, objeto de este proceso, debe ser considerado, según acaba de verse, teniendo en cuenta no solamente las circunstancias de la familia biológica, sino también las derivadas de su actual situación de acogimiento.

RESUMEN

MENORES: DESAMPARO Y REINserCIÓN

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, la ponderación del interés del menor en relación con la existencia

ABSTRACT

MINORS: ABANDONMENT AND REINTEGRATION

The Supreme Court establishes as jurisprudential doctrine, first, that it is in order for a judge examining a challenge to a declaration of abandonment to consider whether circumstances have changed since the time when the declaration was made, in order to determine whether the parents are able to resume patria potestas, and, second, the weighing of the minor's interest in connection with the existence of a change of circumstances that could justify the parents' being

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.

able to resume patria potestas and the child's being reintegrated into his or her biological family.

1.3. Derechos reales

LA IMPORTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SOMETIDOS AL CÓDIGO CIVIL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LOS ARRENDAMIENTOS SOMETIDOS AL CÓDIGO CIVIL: SUPUESTOS.—III. REQUISITOS FORMALES DE SU CONSTITUCIÓN.—IV. LA INSCRIPCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU ESPECIAL RELEVANCIA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Código Civil regula el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas en el capítulo II, del título VI, del libro IV, en los artículos 1.546 al 1.582.

En el artículo 1.542 del Código Civil establece que el arrendamiento puede ser de cosas, obras o servicios. A continuación el artículo 1.543 del Código Civil afirma que en el «arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por un tiempo determinado y precio cierto».

Posteriormente, al ocuparse del arrendamiento de cosas, sólo lo hace de los arrendamientos de inmuebles —de fincas rústicas y urbanas—, al que dedica todo el capítulo II. Éste consiste en que una persona, el arrendador, cede el uso de un inmueble, una finca (1), a otra, el arrendatario, durante un tiempo y a cambio de un precio.

De ahí podemos extraer sus elementos esenciales como son: *a)* el precio: siempre se transmite el uso a cambio de una contraprestación, diferenciándo-

(1) Se entiende por finca, de manera general, la superficie de tierra delimitada por una línea poligonal cerrada que es objeto de propiedad. Dentro de esta definición caben, por supuesto, todo tipo de fincas rústicas, urbanas (pisos, locales, etc.), sin perjuicio de que también encontremos fincas no materiales, por ejemplo, las registrales —todo aquello que abre folio en un registro— como las concesiones administrativas, aguas privadas, aprovechamiento urbanístico, etc., que quedan fuera de este supuesto.