

III. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Primera Instancia número Nueve de Murcia

2152 Autos 733/2009.

En el procedimiento de referencia se ha dictado la resolución del tenor literal siguiente:

Sentencia número 711/09

En la ciudad de Murcia, a veinticuatro de noviembre de dos mil nueve.

Vistos por el Ilmo. Sr. don Julio Botella Forné, Magistrado-Juez de Primera Instancia número Nueve (Familia) de Murcia, los presentes autos de juicio verbal sobre oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, previsto en el art. 780 LEC, seguidos en este Juzgado bajo el número de autos n.º 733/2009 (acumulado acogimiento número 1.070/09) entre partes, de la una, Farid Hizoun, representado por la Procuradora Sra. García Idáñez y dirigido por la Letrada Sra. Valverde Llorens, padre biológico de las menores Alcha Hizoun, Salma Hizoun y Sabrina Hizoun y, de la otra, la Entidad Pública competente en materia de protección de menores, así como el Ministerio Fiscal.

Antecedentes de hecho

PRIMERO: Que mediante escrito presentado en fecha 5-05-09 y turnado a este Juzgado, el arriba mencionado anunciaba su oposición a la Resolución administrativa de fecha 23 de febrero de 2009, por la que la Entidad Pública acordaba suspender las visitas a la madre biológica y, denegaba autorizar visitas al padre.

SEGUNDO: Por la Entidad pública competente se presentó ante el Juzgado Decano escrito por el que se promovía expediente de jurisdicción voluntaria sobre la constitución del Acogimiento Familiar Preadoptivo sin visitas de las menores Alcha Hizoun, Salma Hizoun y Sabrina Hizoun con el matrimonio por ella propuesto, que fue turnado a este Juzgado. Por Providencia de fecha 22 de julio de 2009 se acordó la acumulación del acogimiento a los presentes autos. Admitido a trámite el expediente, se acordó recabar el consentimiento y oír a las personas que señala el artículo 1828 LEC 1881, prestando su consentimiento las personas que han de recibir a las menores.

TERCERO: Que reclamado el expediente administrativo se emplazó al actor para que presentase la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo en tiempo y forma. De dicha demanda se dio traslado con emplazamiento para que la contestaran a la Entidad Pública y al Fiscal, por el mismo plazo de veinte días.

CUARTO: Que en el día de la fecha ha tenido lugar la vista correspondiente.

QUINTO: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En primer lugar, debe de resolverse sobre la Resolución de la Entidad Pública sobre la que el actor ha planteado su oposición dada la confusión existente entre su escrito de fecha 29-05-09, en el que conforme al artículo 780 de la LEC anunciaba su oposición a la Resolución administrativa de fecha 23 de

febrero de 2009, por la que en lo que a él le concierne, la Entidad Pública le denegaba el establecimiento de un régimen de visitas para visitar a sus hijas, y el suplico de su demanda, en el que solicita se deje sin efecto la Resolución dictada en el expediente administrativo 649/08, pero sin especificar a qué Resolución se refiere, interesando la entrega de los menores. Dicha confusión, que ha sido apuntada por la Letrada de Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en su hecho decimocuarto in fine como un defecto en el modo de proponer la demanda, debe de ser aclarado con carácter previo a la hora de entrar en la resolución del fondo del asunto.

Cierta es la confusión reinante en este punto, pues el escrito presentado anunciando la oposición del actor acompaña copia de la Resolución administrativa de fecha 23 de febrero de 2009 relativa a las visitas, si bien, una vez formalizada la demanda de oposición, el suplico de la misma solicita la devolución de las menores, por lo que se plantea la duda si la Resolución administrativa impugnada fue ésta, o la de fecha 29 de mayo de 2008 que declaraba a las menores en situación de desamparo y asumía su tutela por el procedimiento de urgencia. Dicha confusión carece de mucha relevancia en el presente supuesto al haberse acumulado al presente procedimiento los autos 1070/09, por el que la Entidad Pública solicita el acogimiento de las menores, para lo cual, debe partirse de la existencia de un desamparo previo por parte de los progenitores de las menores que así lo aconseje.

Además, debe partirse de que la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda debe ser apreciada de forma muy restrictiva. La Sentencia de 31 de marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Segovia declaró que es doctrina jurisprudencial la que precisa que únicamente cabe su estimación cuando el escrito iniciador de la litis carece de los requisitos prevenidos en el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (actual artículo 399) (SS. 20 enero 1997, 29 abril 1996, 11 mayo 1993), añadiendo que el referenciado precepto no impone determinados formalismos en aquél (SS. 6 octubre 1992, 30 mayo 1990, 22 diciembre 1989), siendo de considerar, además, que la doctrina viene dando a la aludida excepción un tratamiento restrictivo (S. 2 diciembre 1991) exigiendo que los defectos formales y de postulación revistieran una gravedad intensa, conforme con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, que establecen que, a la hora de interpretar y aplicar los requisitos procesales, los Tribunales están obligados a hacerlo en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, evitando la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma y el convertir cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de modo que al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales deben ponderar la entidad real del vicio advertido en relación con la sanción del cierre del proceso (STC 121/1990, de 2 julio) y ello por cuanto tales requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que únicamente sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima (SSTC 92/1990, de 23 mayo; 69/1990, de 5 abril; 99/1990, de 24 mayo) señalándose (SS. 14 octubre 1993, 2 julio 1994) que, aun cuando la formulación del suplico sea técnicamente defectuosa, no se incurren en el supuesto del artículo 533.6º Ley de Enjuiciamiento Civil (actual artículo 416.1.5a) si de los hechos de la demanda se infiere qué es lo que se pretende. A mayor abundamiento, con posterioridad a las resoluciones de la Sala citadas, el Tribunal Supremo (S. 13 febrero 1999) recogiendo su doctrina precedente establecía que, como ya dijo

la Sentencia de 24 de mayo de 1982, tiene declarado esta Sala, los requisitos de claridad y precisión en la demanda no tiene otra finalidad que la de propiciar que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión, en vez de nula, sea necesariamente adecuada y congruente con el debate sostenido (Sentencia de 13 de octubre de 1910), y que para cumplir con este requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado (Sentencia de 7 de julio de 1924).

SEGUNDO.- Entrando en el fondo del asunto, señala el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que "la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley". Cuando la entidad pública competente (artículo 18.1) considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Por su parte, el artículo 172 CC señala que "se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. ". La Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, por su parte, establece que en los términos del art. 172.1 del Código Civil se considera que el menor está desamparado, entre otras situaciones, en las siguientes:

a) Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el niño.

b) Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.

c) Cuando el menor sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación, mendicidad o cualquier otra situación de naturaleza análoga.

TERCERO.- Lo que se trata de enjuiciar aquí es si las medidas protectoras de asunción de tutela y denegación de un régimen de visitas para el padre, adoptadas por el ente administrativo en este caso, son o no ajustada a derecho, determinando si existe una situación previa de desamparo de las menores que justifique el establecimiento de dichas medidas por parte de la Entidad Pública. Pues bien, en primer lugar, en cuanto a la situación de desamparo, que las menores Alcha Hizoun, Salma Hizoun y Sabrina Hizoun se encontraban en la situación de desamparo a), inciso final, y b) que se acaban de describir en el anterior fundamento de derecho, es un hecho incuestionable, basado no sólo en meras sospechas o alegaciones, sino en una sólida resultancia probatoria que resulta del expediente administrativo, el cual goza de la objetividad e imparcialidad con la que actúan los servicios y entidades públicas. En este sentido, la Sentencia de fecha de 23 de junio de 2009 de la Sección 4.ª de la Audiencia

Provincial de Murcia, establece que "(...) *aquellos informes elaborados por los Servicios Sociales, constituyen sin duda, un esencial documento de prueba en orden a apreciar la corrección desacierto de la resolución administrativa objeto ahora de impugnación. Nótese de un lado, que los mismos están confeccionados por personas técnicas y cualificadas profesionalmente en la materia sobre la que versan (...)*".

El expediente se inicia mediante Informe Social de la Concejalía de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Los Alcázares de fecha 28-05-08, donde se expone la situación de maltrato que la madre de las menores recibe de su pareja, su carencia de habilidades personales y materiales para hacerse cargo de las tres niñas, hecho constatado en el Centro de Acogida donde se observa como la madre no se hace cargo de sus hijas delegando su responsabilidad en las educadoras del centro. Dicho Informe requiere la urgente intervención del Servicio de Protección de Menores ante la aparente situación de desprotección que presentan las menores. En el Informe Social Inicial de la "Asociación Beto" (folios 17 a 25 del expediente administrativo), la madre ante la pregunta de si quiere a sus hijas responde diciendo "lleváros las si queréis". Este último Informe recoge la desatención que las menores reciben por parte de su madre (les grita, las insulta, no les demuestra afecto, les pega, carece de hábitos de higiene, culpa a las menores de las llamadas de atención que se le hacen desde el centro por el incumplimiento de las normas...).

La situación de malos tratos que el actor ha ejercido frente a la madre de sus hijas queda reflejada en el expediente en la Sentencia de fecha 11-01-08 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Cartagena (J.R. 6/08), donde en los hechos probados se recoge como infligió a la progenitora los malos tratos delante de las menores, por lo que fue condenado a una pena de sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, tres años de prohibición de porte de armas y una pena accesoria de cinco años de alejamiento (folios 196 a 200 del expediente administrativo), por un delito de malos tratos en el ámbito familiar. En dicha resolución, se hace constar que el actor tenía una condena anterior por un delito de igual clase, en una Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cartagena, siendo condenado aquella vez a una pena de siete meses y quince días de prisión. Además, el actor tenía suspendidas las visitas por Auto de fecha 12-04-04 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Javier en las Diligencias Indeterminadas n.º 39/05.

Ante la situación descrita, la Entidad Pública asume por el procedimiento de urgencia la tutela de las tres menores mediante Resolución de fecha 28-05-08 por apreciación de desamparo. En Trámite de Audiencia a la madre de fecha 28-05-08 (folio 32 del expediente administrativo), ésta manifiesta que el padre de las menores está desaparecido desde hace seis meses y ha hecho dejación de sus funciones parentales, que carece de recursos económicos para cuidar de las niñas, que física y psíquicamente está enferma, que ha recibido malos tratos de su pareja, y que toda esta situación, la ha llevado en ocasiones a maltratar a las niñas. La existencia de desamparo de las menores es por ende, reconocida por la propia madre.

Por todo lo expuesto, nos encontramos por ende, con una serie de factores de riesgo relevantes para apreciar el desamparo, siendo los mismos, a) falta de recursos económicos; b) conflictos entre la pareja y malos tratos del padre hacia la madre; c) desinterés del padre en personarse y saber el estado de

sus hijas, d) carencia de habilidades parentales y de carencias educativas y afectivas; e) falta de compromiso de los progenitores para aceptar las ayudas que desde los servicios sociales se le prestan para mejorar su situación. Todas estas circunstancias suponen por sí mismas la existencia de una serie de factores de riesgo, pero que configuran en su conjunto una situación de desamparo que conlleva necesariamente ratificar la tutela asumida por la Entidad Pública, al haberse acreditado la desatención de los padres de las menores de sus obligaciones paterno-filiales y la conducta negligente y despreocupada que han venido observado durante un largo periodo de tiempo, sin que en todo este tiempo hayan manifestado una verdadera posibilidad de asumir sus obligaciones y una esperanza de afrontar su situación con éxito, si no que tras este largo periodo, su situación sigue igual, por lo que no cabía otra mejor solución para los menores, cuyo interés es prioritario en todo caso, que la asunción de su guarda y tutela.

El Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 18 de marzo de 1.987, se pronuncia en el sentido de que ha de afirmarse rotundamente la necesidad de que en todos estos pleitos ocasionados por la impugnación deducida por los padres biológicos, los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses del menor, que son sin duda, los más dignos de protección, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual, en el que se ha acentuado ese principio fundamental del "favor minoris", consagrado ya solemnemente, en la Constitución española (artículo 39) y sancionado en Convenios Internacionales (Nueva York) en los que el interés superior del menor es también una constancia plenamente afianzada.

CUARTO.- En cuanto a la denegación del régimen de visitas al actor, debe tenerse en cuenta, que el derecho de visitas constituye no sólo un derecho, sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con sus progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El derecho de los progenitores a comunicarse está condicionado al interés y beneficio de los hijos, por lo que puede ser suspendido o limitado, conforme al artículo 172 del Código Civil por la Entidad Pública competente. Pero las medidas de limitación o restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paternofilial, sólo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen y que resulten debidamente acreditadas.

El actor aparece por vez primera en el expediente administrativo en fecha 12-09-08, previa citación de la Dirección General de Familia, mediante una comparecencia donde manifiesta ser el padre de las menores aportando una serie de documentación relativa a ellas, a su situación económica y a sus procedimientos judiciales (folio 138 del expediente administrativo). El actor vuelve a comparecer en fecha 8-01-09 manifestando que creía haber solicitado visitas en al comparecencia anterior, reconociendo que lleva más de un año sin ver a sus hijas (folio 227 del expediente administrativo).

Entre ambas comparecencias, en fecha 15-12-08 se emite Informe de Orientación por el que se acuerda denegar las visitas al padre por haberse

personado en el expediente de sus hijas cuatro meses después de que se asumiera su tutela, por la existencia de malos tratos en el ámbito familiar en presencia de las menores, por sus continuos viajes a Marruecos y por su inasistencia a los Servicios Sociales las tres veces que se le ha requerido (en noviembre y diciembre de 2008). En fecha 26 de enero de 2009 se dicta Resolución acordando denegar las visitas al actor. Es evidente la falta de interés del actor respecto de sus hijas, que no se ha interesado en ningún momento por ellas, que si se ha personado en el expediente, ha sido porque ha sido requerido para ello por la Entidad Pública, que no ha dudado en infligir malos tratos a su pareja estando sus hijas delante, que ha estado viajando constantemente a Marruecos sin comunicarlo, estando largos periodos fuera de España. Por ende, debe de ratificarse la medida adoptada en este sentido por la Dirección General de Familia.

Pero a mayor abundamiento, las menores se hayan bajo acogimiento familiar Preadoptivo sin visitas mediante Resolución de fecha 29-05-09, y en cuyo Informe de Seguimiento de fecha 5-10-09 se recoge que durante el tiempo que las menores llevan estado bajo el acogimiento de su nueva familia, han visto cubiertas todas sus necesidades (afectivas, de cuidado, educativas...), se sienten como un miembro más y están plenamente integradas en su entorno. Después del tiempo que llevan las menores en acogimiento, no parece en absoluto aconsejable separarlas de una familia con la que actualmente se encuentran vinculadas afectivamente y sienten como suya, para introducirlas en otra donde no han visto a sus progenitores en un periodo prolongado de tiempo. Además, tampoco se ha acreditado de manera fehaciente que los progenitores hayan superado sus limitaciones y su falta de capacidad para asumir su rol parental, manifestando incluso que han reanudado su convivencia, por lo que puede volver a repetirse de nuevo toda la situación de malos tratos que las niñas han visto, quedando a cargo de la madre, la cual, como ya expuso, reconoció sus propias limitaciones para cuidar de ellas. En definitiva, teniendo como referente el interés de las menores, y en atención a todo lo expuesto hasta ahora, un retorno del menor con su familia biológica, sería a todas luces perjudicial para ellas dadas su situación de arraigo y estabilidad actual.

En este sentido, y como recoge la Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 6.ª, en su Sentencia de fecha 7 de marzo de 2005, la medida de supresión de las visitas de los padres biológicos al menor, está plenamente justificado desde la perspectiva de que estando el menor acogido, y que a la postre será adoptado en un ámbito familiar distinto del suyo biológico, la relación con los padres biológicos debe desaparecer en algún momento (en este sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Murcia, Sec. 1.ª, en sus Sentencias de 20 de noviembre y 16 de octubre de 2006). Solo esa ruptura permitirá un adecuado desarrollo psicológico y emocional del menor y facilitará la incorporación al nuevo ámbito familiar. A este respecto el artículo 160 del Código Civil establece el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos menores, exceptuándose a los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial, y el artículo siguiente 161 establece que tratándose del menor acogido el derecho que a sus padres corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez atendidas las circunstancias y el interés del menor.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de S.M. El Rey FALLO

Que debo desestimar y desestimo la demanda origen de este proceso, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Se constituye el acogimiento familiar preadoptivo sin visitas de las menores Alcha, Salma y Sabrina Hizoun con la familia propuesta por la Entidad Pública, los que tendrán la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Notifíquese a las partes y al Fiscal, con instrucción de que cabe preparar apelación en los cinco días siguientes.

Así, por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Y como consecuencia del ignorado paradero de Camelia Ileana Vlase, madre biológica de las menores, se extiende la presente para que sirva de cédula de notificación.

En Murcia, 24 de noviembre de 2009.—El Secretario.