

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 18 DE JUNIO DE 2015 (2571/2015)**

**Suspensión del régimen de visitas de un menor
tutelado por Entidad Pública**

Comentario a cargo de:
M^a Isabel de la Iglesia Monje
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Derecho Civil

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JUNIO DE 2015

ROJ: STS 2571/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:2571**

ID CENDOJ: 28079119912015100027

PONENTE: Excmo. Sr. Don Jose Antonio Seijas Quintana

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2015 pone fin a una controversia fijando como doctrina que la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la misma.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Marco legal del interés superior del menor y del derecho de visita. 5.2. Competencia para suspender el derecho de visita. 5.3. Derecho de visitas de los padres y familiares de menores bajo tutela y guarda administrativa. 5.4. Criterios jurisprudenciales en cuanto a la suspensión de

visitas. 5.5. Primacía de la vigilancia de la tutela del acogimiento residencial del Ministerio Fiscal. 5.6. La actuación de control del órgano judicial en la protección de menores. 5.7. Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

La Delegación Provincial de Granada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía realizó una intervención de la unidad familiar de la que formaba parte la menor, siendo la Comisión Provincial de Medidas de Protección quien acordó en fecha 26 de octubre de 2011, y en beneficio de la menor, el inicio del procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena, con el que se pudiera atender a sus necesidades y evitar el alargamiento de la institucionalización.

Dos meses después de la indicada intervención familiar, la Delegación Provincial citada alegó que con fecha 20 de diciembre de 2011, el Centro de Protección en el que estaba acogida la niña emitió una nota informativa donde exponía que “la profesora nos cuenta que ha tenido una regresión desde que la menor está acudiendo a las visitas con su madre. Muestra menos interés a la hora de realizar las tareas escolares y se distrae con facilidad ...”.

Consecuentemente y *motu proprio*, el 1 de febrero de 2012 la Comisión Provincial de Medidas de Protección acordó la suspensión cautelar de las relaciones personales de la menor con sus padres biológicos. Instando seguidamente el expediente de jurisdicción voluntaria en el que se solicitaba se dictara auto “acordando suspender todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres biológicos” y que había sido adoptada de manera cautelar por el citado ente administrativo. Siempre pensando en el supremo interés de la menor, y fundamentado en los artículos 94,160 y 161 del Código Civil

2. Soluciones dadas en primera instancia

La Delegada Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada, interpuso demanda de juicio verbal sobre suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor Milagros, contra sus padres biológicos. El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y terminó suplicando se dictase sentencia conforme a lo que resultara probado y con base en los preceptos invocados. Por resolución de fecha 10 de febrero de 2012, se acordó la admisión a trámite del expediente de jurisdicción voluntaria, dándose audiencia a los padres.

Con fecha 10 de diciembre de 2012, comparece doña Petra (el padre no figura en ningún momento ni en ninguna instancia) y se tiene por formulada la oposición, convocándose a las partes para el acto de juicio.

El Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o 16 de Granada, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 2013, estableciendo la ratificación de la suspensión del régimen de las visitas, comunicaciones y estancias de la menor Milagros con sus padres biológicos Petra y Bernabé. Sin hacer pronunciamiento sobre costas.

3. Soluciones dadas en apelación

La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado y dejó sin efecto la suspensión del régimen de visitas acordada por la Administración, basándose en el art. 3 del Decreto autonómico 42/2002 de 12 de febrero, que en su apartado c) señala que la administración andaluza podrá adoptar para la protección de los menores, entre otras medidas, la de determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores parientes y allegados.

La Audiencia entiende que una cosa es determinar el régimen de esas relaciones y otra muy distinta regularlo o suspenderlo, esto es, configurar sus límites o privar, aunque sea temporalmente, de un derecho conferido por norma de rango superior como es el Código Civil en su artículo 161, norma que reserva a la autoridad judicial las facultades de suspender y regular tal régimen, con lo cual parece que queda vacía de contenido la previsión del Decreto referido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y que iría en contra del principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 de la Constitución.

No está conforme la Audiencia con la interpretación que del precepto autonómico hace la propia entidad pública, en lo que respecta a la posibilidad de otorgarse o irrogarse la facultad de suspender el régimen de visitas de los progenitores. Aunque entiende que ello no es obstáculo para que la Administración adopte otro tipo de medidas de protección en este ámbito que no colisionen con las atribuciones judiciales.

La Audiencia mantiene la interpretación literal del art. 43 del Decreto referido, que alude a la modificación por la propia administración autonómica de las medidas de protección ya adoptadas o “promoverse judicialmente su cambio, según proceda”, lo que evidencia el respeto de la norma autonómica referida a lo dispuesto en norma de rango superior, en justo acatamiento al principio.

Su criterio es claro, al entenderse que no entra dentro de las facultades de la Administración el suspender el régimen de visitas de los progenitores a un menor desamparado, debiéndose haber acudido al Juez, bien directamente o por medio del Ministerio Fiscal, que ejerce la vigilancia de la tutela conforme al art. 232 CC.

4. Los motivos de casación alegados

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía formula recurso de casación contra la citada sentencia fundado en un único motivo en el que se citan como infringidos los artículos 162 y 172.4 del CC. También invoca para acreditar el interés casacional la sentencia de esta Sala 663/13 de 4 de noviembre de 2013 que, en un caso similar, mantuvo la medida de suspensión del régimen de visitas adoptada por el órgano administrativo, por considerarla adecuada al interés del menor.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso con apoyo en la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre “criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores” y en lo que a nuestro comentario interesa, solicita que la Sala revise o matice su doctrina para que pueda la Administración, con base en el supremo interés del menor, suspender el régimen de visitas cuando ese interés lo haga necesario, pero cuya decisión estará sujeta al debido control judicial.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo estima el recurso casación formulado por la Administración, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

5.1. Marco legal del interés superior del menor y del derecho de visita

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 9.3 dispone que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

La necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa.

Los artículos 3, 9 y 18 de la citada Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990) instauran como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres. En el mismo sentido, se encuentra el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución

de 18 de julio de 1992 y el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

El marco legal donde se encuadran estas cuestiones se encuentra en el Código civil. Así, el art. 172.4 CC, al regular la tutela automática y la guarda, establece que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona. También el art. 173.2.3º a) CC, al regular el documento de formalización del acogimiento familiar, recoge como contenido del mismo la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.

No hay que olvidar tampoco el art. 160 CC, según el cual, el padre y la madre, 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 la resolución judicial. No pudiéndose impedir 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 faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Por su parte, el art. 161 CC dispone que 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.

No obstante la existencia de este marco legal, cabe tener en cuenta la existencia del principio general de derecho del interés superior del menor. Precisamente con base en dicho principio, la Entidad Pública ha adoptado una medida de protección con relación a estos menores, que para su máximo éxito puede necesitar acordar la regulación de las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica. Máxime en este caso en el que se comprueba y así lo indican los expertos que existe una regresión de la menor tras las visitas de la madre, indicando claramente que no la benefician en nada sino que hay un resultado negativo.

También debemos tener presente que ha sido la Jurisprudencia la que se ha encargado de establecer nítidamente cuál es la finalidad del derecho de comunicación y/o visitas en relación con el progenitor no custodio. Así, el Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008 de 22 diciembre determinó que según el art. 94 CC se configura el mismo como un derecho del que el progenitor no custodio podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo “graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Realmente en un derecho bidireccional, pues es tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que les une, y cuya finalidad estriba en contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

De manera que hay que atender al primordial interés superior del menor cuando tras establecer el art. 94 CC el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo "... podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen ...". Este criterio fue formulado ya en la STS de 11 de febrero de 2011, donde se toman como ejemplo diversas leyes autonómicas. Así el art. 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. O, el Código Civil de Cataluña, que en su art. 233-8.3, establece que "la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor".

Recordemos que el interés del menor, ha sido recientemente definido y concretado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en cuyo artículo 2 apartado c) se indica cómo con base en ese interés supremo se priorizará la permanencia del menor en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para él. Pero, como ocurre en el presente caso, si se acordara una medida de protección, se priorizará el acogimiento residencial frente al familiar. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. Aunque no debemos olvidar que la sentencia es anterior a la publicación de la indicada Ley Orgánica.

Y esto es precisamente lo que se hace en el supuesto de hecho objeto de análisis: comprobar la regresión de la menor simplemente por las visitas de la madre, y más aún, el inicio del procedimiento de acogimiento familiar permanente en familia ajena a fin de evitar el alargamiento de la institucionalización. Recordemos que la guarda administrativa es una medida temporal que no podrá sobrepasar los dos años (art. 172 bis CC).

Es cierto que las relaciones paterno-filiales engloban derechos bidireccionales, de manera que hay que tener en cuenta la posición de la madre, que tiene también un interés legítimo junto al interés superior del menor, no obstante no debe olvidarse que hay que priorizar las medidas que, respondiendo a este interés, respeten los otros intereses legítimos presentes, en este caso de la menor. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor

deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5.2. *Competencia para suspender el derecho de visita*

La cuestión de fondo que se analiza en la sentencia y pone fin a la controversia existente hasta ese momento, se centra en la aclaración por parte del Tribunal Supremo de si la Administración autonómica tiene competencia directa para suspender el derecho de visita de los menores a su cargo o no la tiene (esto es si debe ser el Juez el encargado de suspenderla). Estamos ante supuestos en los que los padres siguen siendo titulares de la patria potestad, aunque su ejercicio esté suspendido (arts. 172, 160 y 161 CC).

La Fiscalía General del Estado abordó el régimen de visitas en el acogimiento familiar en su Consulta 8/1997, si bien no trató la cuestión específica que ahora se analiza.

Si realizamos una interpretación literal del art. 161 CC podría entenderse que en todo caso la competencia tanto para suspender como para simplemente regular las visitas radica en la autoridad judicial. No obstante, el problema surge porque determinadas Leyes autonómicas han desarrollado la regulación del régimen de visitas de menores tutelados, las cuales establecen la administrativización de la decisión (art. 116 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña; y el art. 39 Decreto 42/2000 de 9 de junio de familia, infancia y adolescencia de Galicia), o, la de la judicialización de la misma (art. 13.3 Decreto 42/2002 de 12 de febrero de la Junta de Andalucía), no faltando las que se mueven en una zona de ambigüedad (art. 19 Ley 8/1997 de 18 de diciembre de Competencias en materia de Tutelas, Acogimiento y Adopción de Baleares, y el art. 86 Ley 14/2002 de 25 de julio de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León).

La cuestión radica en buscar un equilibrio entre la interpretación literal del art. 161 CC, centrado en la competencia que tienen los juzgados y tribunales para fijar o suspender el régimen de visitas del menor y la habilitación genérica de la Entidad Pública para que lo suspenda hasta tanto recaiga una resolución judicial.

La madre, recurrente en casación, basa su recurso en la infracción de la interpretación contenida en la STS de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial, pero hay que tener en cuenta, como indica la propia sentencia, que el supuesto no era el mismo, ya que en aquella sentencia el Alto tribunal se basaba en que la Administración había suspendido el régimen de visitas, pero faltó la posterior de comunicación de la medida al tribunal (cuestión que debería haberse atacado pero que no se hizo). Pero es que la medida cautelar sí se puso en conocimiento del tribunal en el caso de la sentencia de 2015

objeto de comentario, tal como preceptúan el art. 161 del CC y los tratados internacionales.

5.3. *Derecho de visitas de los padres y familiares de menores bajo tutela y guarda administrativa*

En este punto es conveniente reseñar el estudio elaborado por el Observatorio de la Infancia en 2008, en el que se pone de manifiesto que en un alto porcentaje las visitas de los padres biológicos a los menores acogidos eran nocivas o tenían consecuencias negativas para el niño (41% de los casos según los acogedores). Estas consecuencias se manifestaban en nerviosismo y alteración antes y después del encuentro (38%), tristeza y abatimiento (24%), miedo, lloros, enuresis y encopresis (19%), olvido de normas y educación (16%) y rechazo a las visitas (3%). El informe también refleja que las familias acogedoras se quejan de que, a pesar de estas consecuencias, las visitas no se limiten. Datos que deben ser supervisados por los fiscales obligándoles a un especial esfuerzo de supervisión. (Circular de la Fiscalía 8/2011). Lo importante en estos casos, es tomar la medida cautelar con *inmediatez* a fin de que la regresión de los menores no se incremente y sean perjudiciales en su propio desarrollo psicológico y físico y que obviamente debe tomar el órgano administrativo que tiene la guarda y custodia de la menor. Medida que además debe ser supervisada por el Ministerio Fiscal, y posteriormente debe ser ratificada por el Juez mediante resolución fundada. Esta es precisamente la doctrina que contiene nuestra sentencia objeto de análisis.

Los padres son titulares del *ius visitandi* aunque no ejerzan la patria potestad, siempre que conserven su titularidad, como sucede en los supuestos de imposibilidad o incapacidad (art. 156 párrafo 4.º CC), o cuando el hijo convive con uno solo de sus progenitores (art. 156 párrafo 5.º CC); no así en los supuestos de privación total por sentencia judicial del art. 170 CC, que excluye no sólo el ejercicio sino también la titularidad, en tanto no proceda su recuperación en virtud de una nueva resolución judicial.

Habrán de ser los padres que se crean perjudicados por la decisión administrativa quienes la impugnen ante el juez civil. Recordemos que cuando la Entidad pública, o el Fiscal, según como llegue a conocimiento de estas instituciones la situación del menor, y promuevan la constitución de un acogimiento, en la misma resolución judicial se incluirá el régimen de visitas (arts 173,3 y 173,2,3º a CC)

Ya la propia Circular del Ministerio Fiscal de 8/2011 indicó que aunque “el tenor literal del art. 161 CC autoriza al Juez a regular o suspender el régimen de visitas pero no le atribuye tal habilitación con carácter exclusivo o en régimen de monopolio ... Esta interpretación tendría además su apoyo en la regulación contenida en la LEC en materia de reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones, en materia de tutela o guarda. En efecto, el párrafo primero del art.

779 al fijar el ámbito de estos procedimientos se refiere genéricamente a los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”.

Recordemos que el art. 780, 1, parr 2º de la LEC indica que la resolución judicial en la que se declare el desamparo de un menor, podrá ser impugnada en un plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses podrán oponerse a las restantes medidas administrativas que se dicten en materia de protección de menores. De manera que las decisiones que pueda adoptar la Entidad Pública en el ámbito de protección en relación con el régimen de visitas de los padres biológicos de menores declarados en desamparo, según el art. 174.2 CC deben ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal en relación con sus funciones de superior vigilante de las actuaciones en materia de protección.

También hay que tener presente que el párrafo tercero del apartado séptimo del art. 172 CC establece que pasado dicho plazo (dos años desde la notificación de la resolución administrativa) decaerá su derecho (el de los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida) de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo. Transcurrido el plazo de dos años los padres no tienen legitimación ni para impugnar las resoluciones de protección ni para instar su revocación por causas sobrevenidas. Simplemente se les reconoce el derecho de poner en conocimiento hechos que pudieran justificar una modificación de las resoluciones de protección. Esta puesta en conocimiento es extrajudicial, pudiendo alternativamente plantearse ante la Entidad Pública o ante el Ministerio Fiscal.

5.4. Criterios jurisprudenciales en cuanto a la suspensión de visitas

La necesidad de esta sentencia plenaria que ha unificado doctrina se debe a que hasta este momento había existido una disparidad de criterios jurisprudenciales en relación con la competencia para la suspensión de visitas. Así nos encontramos una línea jurisprudencial que consideraba en sus resoluciones que la Administración Pública, aunque tuviese en acogimiento residencial a su cargo a menores, necesitaba solicitar al órgano judicial la indicada suspensión de las visitas de quienes podían continuar incluso teniendo la patria potestad sobre los menores, siguiendo el tenor literal del art. 161 CC, incluso sin que hubiera oposición de los padres, (vid. AAP Sevilla Sec. 5ª de 25 de septiembre de 2003).

Pero la línea contraria prefería llevar a cabo una interpretación sistemática del Código civil, y consideraba que la Entidad Pública se halla habilitada para decidir sobre el régimen de visitas, aunque posteriormente exista un control judicial necesario y obligatorio de la resolución administrativa adoptada, además de que los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal. (vid. AAP de Sevilla

Sec. 2ª nº 198/2003, 133/2005, 154/2006, 67/2007, 69/2007 y 86/2007, SAP Burgos, Sec. 2ª, nº 365/2002, de 4 de julio e implícitamente SSAP Cádiz, Sec. 3ª, nº 7/2005, de 24 de enero, y Jaén, Sec. 3ª, nº 43/2008, de 21 de febrero).

En nuestro supuesto la menor estaba acogida por la Administración, y se daba además la circunstancia de que el procedimiento de acogimiento familiar permanente se había iniciado, con lo que era el ente público quien había adoptado las medidas necesarias de protección en beneficio del interés superior de la menor. Hay que tener en cuenta que si la Entidad Pública tiene capacidad para suspender la patria potestad y retirar a los hijos del lado de sus progenitores, (no de retirar la patria potestad pues esto es función del órgano judicial), parece obvio que pese a la interpretación literal que se pueda realizar del art. 161 del CC, pueda también suspender el régimen de visitas, pues queda demostrado que las relaciones resultan perjudiciales (regresión de la menor, esto es la vuelta a un nivel anterior –ya superado– del desarrollo que la menor tiene desde que está en manos de la Administración, un retorno en sentido inverso al que ya había alcanzado).

En el mismo sentido del criterio jurisprudencial sentado por esta sentencia plenaria, un mes después se publicó la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y en el apartado once del artículo segundo, vino a modificar el art. 161 del Código Civil, disponiendo que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Además, la Entidad Pública podrá acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

El Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados serán los que informen a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor que es precisamente nuestro supuesto de hecho. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.5. Primacía de la vigilancia de la tutela del acogimiento residencial del Ministerio Fiscal

Nos encontramos ante un supuesto de guarda administrativa, medida temporal cuyo límite máximo es el de dos años, donde no hay una suspensión de la patria potestad.

Otro punto objeto de debate se centra en que la Administración Andaluza sigue los criterios contenidos en su Decreto autonómico que le posibilita la suspensión del derecho de visita en casos especiales como el que nos ocupa. Y precisamente la Audiencia entiende que regularlo o suspenderlo, significa configurar sus límites o privar, aunque sea temporalmente, de un derecho conferido por norma de rango superior como es el art. 161 CC. Argumento que ha sido refutado posteriormente por la Sentencia del Supremo al indicar que ambas son normas de igual jerarquía (recordemos que la CE posibilita en su art. 148 que las CCAA podrán asumir competencias en materia social).

Insistía la Audiencia que la Administración podrá adoptar otro tipo de medidas de protección en este ámbito que no colisionen con las atribuciones judiciales, o promover el cambio (art. 43 del Decreto) directamente o por medio del Ministerio Fiscal, que ejerce la vigilancia de la tutela (art. 232 CC).

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía formula recurso de casación contra la citada sentencia fundado en un único motivo en el que se citan como infringidos los artículos 162 y 172.4 CC y se invoca para acreditar el interés casacional la sentencia de esta Sala 663/13 de 4 de noviembre de 2013 cuyo ponente también fue el magistrado D. José Antonio Seijas Quintana. Sentencia en la que la madre biológica impugnó la resolución administrativa que acordó la suspensión del régimen de visitas con su hija menor en acogida. La doctrina de dicha sentencia indicó que la competencia para suspender el derecho de visitas de los padres con un menor acogido corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin que sea posible la suspensión de este derecho por decisión administrativa. Aunque el TS mantuvo la medida adoptada por el órgano administrativo, por considerarla *adecuada al interés del menor*.

En la sentencia objeto de comentario el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de casación con apoyo en la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre “criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores”, solicitando que la Sala revise o matice su doctrina para que pueda la Administración, con base en el supremo interés del menor, suspender el régimen de visitas cuando ese interés los haga necesario, pero cuya decisión estará sujeta al debido control judicial.

No olvidemos que el artículo 174 CC, de forma expresa, dice: «incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores». Asimismo, en sede de tutela, el artículo 232, indica que «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela». El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y la normativa autonómica también se refieren a esta función de control sobre los poderes públicos tanto con su intervención en los procesos civiles, como con

la incoación de diligencias preprocesales y mediante requerimientos, visitas e inspección a centros.

El Ministerio Fiscal actúa extraprocesalmente como superior vigilante de la actividad administrativa de protección, lo cual no implica invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantarlas, sin que tampoco las exima de su responsabilidad, tal como recoge el apartado 3 del artículo 174 CC.

La función del Fiscal se ejerce en varios ámbitos. Por un lado, impulsando la actividad protectora de las Entidades Públicas, posteriormente valorando la medida acordada, y, por último, realizando el seguimiento de la evolución de la situación que dio lugar a la medida protectora (examinando los informes de seguimiento, visitando los centros, comprobando la situación del menor). Sin olvidar que en su actividad supervisora el Fiscal cuenta con las posibilidades de oposición a la actuación de las Entidades Públicas ante los Tribunales, a través del artículo 780 LEC.

5.6. La actuación de control del órgano judicial en la protección de menores

Lo importante de la STS de 4 de noviembre de 2013, y anteriormente la de 11 de febrero de 2011 (suspensión del derecho de visita a un progenitor en una unión de no matrimonial en la que tras la ruptura se atribuía a la madre de la guardia y custodia del hijo sin fijar un régimen de visitas a favor del padre debido a los episodios de violencia protagonizados por él), fue que en aquel momento 2011 ya se indicó la importancia del *principio del interés superior del menor*, existente en nuestro ordenamiento por la necesaria integración de los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores que determinan que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa, y ya recogido en la LOPJM de 1996.

Principio general de Derecho que, tal vez, era un poco difuso y que tuvo que ser aclarado por doctrina y jurisprudencia hasta la final definición dada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En su artículo primero se modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la rúbrica del capítulo I del título I pasa a denominarse “Ámbito e interés superior del menor”. Por su parte, en el artículo dos se modifica el art. 2 de la LOPJM, definiéndolo y recogiendo el criterio creado por la doctrina jurisprudencial como reconoce su propia Exposición de Motivos: “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las

medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Y el art. 2,2 apartado c) indica la prioridad en la permanencia de su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia, como ya hemos indicado anteriormente.

Recordemos que el artículo 161 CC, recientemente modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

La propia STS de 18 de junio de 2015, objeto de análisis, indica que la entidad pública, amparada en una norma autonómica de cobertura, autoriza a la administración andaluza a determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores o parientes y allegados, tiene competencia para suspender las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica.

Con ello de forma cautelar, se garantiza inmediatamente el buen fin de la medida de protección adoptada, atendiendo a las circunstancias y al interés superior del menor, por parte la Entidad que está facultada para adoptar la medida de separar a los hijos de sus progenitores, (acogimiento del artículo 172,1 CC), de donde se deriva que la posibilidad de la suspensión del régimen de visitas es una simple consecuencia.

Sin olvidar la importante y necesaria función supervisora del Ministerio Fiscal y el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada por ser competencia del Juez la ratificación o no de la medida mediante resolución fundada, como ha ocurrido en este caso en el que se instó el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria interesando judicialmente la suspensión de todo régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con sus padres, como así lo acordó posteriormente el Juzgado. Por ello, y con apoyo del informe del Ministerio Fiscal, mantiene la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones del menor con sus padres biológicos.

5.7. *Conclusión*

La integración en los textos legales españoles de los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, determina que el reconoci-

miento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Así el art. 172.4 CC regula la tutela automática y la guarda, el art. 173.2.3º a) CC, al regular el documento de formalización del acogimiento familiar, recoge como contenido del mismo la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido, y el art. 161 CC, dispone que tratándose del menor acogido, el derecho de sus padres para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor. No obstante la existencia de este marco legal, cabe tener en cuenta la existencia del principio general de derecho del interés superior del menor. Definido y concretado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuyo artículo 2 c) se indica que si se acordara una medida de protección, se priorizará el acogimiento residencial frente al familiar.

La cuestión de fondo que se analiza en la sentencia y pone fin a la controversia existente hasta ese momento, se centra en la aclaración por parte del Tribunal Supremo de si la Administración tiene competencia directa para suspender el derecho de visita de los menores a su cargo, o no (esto es si debe ser el Juez el encargado de suspenderla). Lo importante en estos casos, es tomar la medida cautelar con inmediatez a fin de que la regresión de los menores no se incremente y sea perjudicial en su propio desarrollo psicológico y físico y que obviamente debe tomar el órgano administrativo que tiene la guarda y custodia de la menor. Medida que además debe ser supervisada por el Ministerio Fiscal, y posteriormente debe ser ratificada por el Juez mediante resolución fundada.

6. Bibliografía utilizada

- CALAZA LÓPEZ, Sonia: “La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial”, en *La Ley Derecho de familia*, N° 7, Tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley. La Ley 4585/2015.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón: “La nueva jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad Civil*, N° 1, Enero 2016, Editorial La Ley. La Ley 263/2016.