

¿Un nuevo sistema de robo de niños institucionalizado en España? Estudio sobre la indefensión de los padres a defender la custodia de sus hijos en casos de guardia y custodia. Revisión de casos.

A new system of child theft institutionalized in Spain? Study on the helplessness of parents to defend the custody of their children in cases of guard and custody. Case Review.

M^a Elena Crespo Arce.

Jurista, Magistrada suplente. Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

Fernando Pérez del Río.

Psicólogo. Profesor de la Universidad de Burgos.

Iñaki Markez Alonso.

Psiquiatra. Ekimen Elkarte. Bilbao.

Resumen: El objetivo de este estudio es poner en evidencia el desamparo de los padres en relación a la recuperación de la custodia de sus hijos.

En este estudio se analizan 40 casos de toda España en los que, habiendo presentado informes psicológicos, psiquiátricos o de trabajadores sociales donde se afirma de forma sucinta que los padres son aptos para cuidar a sus hijos y que no había razones para retirarles la guarda y custodia, finalmente perdieron la custodia de sus hijos. Se realizaron 40 entrevistas en profundidad con las familias a las que se les retiró la guarda y custodia de sus hijos.

Concluimos que los padres a los que se retira la custodia no tienen herramientas y las pocas que tienen, como pueden ser los informes psiquiátricos y psicológicos no suelen ser tenidos en cuenta provocando una clara indefensión ante el sistema.

Palabras clave: informes psiquiátricos y psicológicos, procesos de custodia, protección de menores, Código Civil, desamparo.

Abstract: The objective of this study is to highlight the helplessness of parents in relation to the recovery of custody of their children.

This study analyzes 40 cases from all over Spain in which, having presented psychological, psychiatric or social worker reports where it is succinctly stated that parents are fit to take care of their children and that there were no reasons to withdraw custody of them,



they finally lost custody of their children. 40 in-depth interviews were conducted with families who had their children taken away from custody.

We conclude that the parents who are removed from custody do not have tools and the few they have, such as psychiatric and psychological reports, are not usually taken into account, causing a clear defenselessness before the system.

Key words: psychiatric and psychological reports, custody processes, child protection, Civil Code, helplessness.

Introducción

Los menores atendidos por el sistema de protección fueron 47.493 en el año 2017 y los acogimientos residenciales fueron de 17.527 menores en ese año, según el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2018).

El primer problema lo encontramos en la propia Declaración de Desamparo. La definición de desamparo la hallamos en el párrafo segundo del artículo 172.1 del Código Civil. Se materializa en una resolución administrativa emitida por un solo órgano de competencia autonómica, en virtud de la cual se retira a un hijo, de forma “cuasi abrupta”, del entorno y crianza de su familia. El representante de la Administración, acompañado o no de Policía, irrumpe, por ejemplo, en el colegio, en un centro médico, en el hospital, en otros lugares públicos o, en el portal de casa, recoge físicamente a los menores y se los lleva consigo.

En segundo lugar, esta retirada, que ha sido inminente, se convierte, sin embargo, en un largo proceso a la hora de devolver al hogar a ese niño. Recuperar al hijo exige, en muchas ocasiones, recurrir judicialmente la decisión. Pero dada la lentitud que sufre la Justicia en nuestro país, este proceso se suele alargar durante años. Este procedimiento es declarado preferente en la Ley de Enjuiciamiento civil, sin embargo, los plazos son con frecuencia muy prolongados y, por consiguiente, es un tiempo en el que el niño ve interrumpida y cercenada gravemente la convivencia con sus padres biológicos.

En tercer lugar, y en el caso de que los padres recurran judicialmente con la intención de recuperar a su hijo, el sistema judicial exigirá a la familia demandante una prueba que demuestre que son “buenos padres” y que están “rehabilitados de

nuevo” para educar a sus hijos, pruebas que, resultan de cuasi imposible demostración. En este sentido, como expondremos a continuación, consideramos que, paradójicamente, los padres están “desamparados” en el proceso de recuperación de sus hijos.

Metodología

En esta revisión se analizan 40 casos de toda España que, habiendo presentado informes psicológicos, psiquiátricos o de trabajadores sociales donde se afirma que los padres son aptos para cuidar a sus hijos y que no había razones para retirarles la custodia, finalmente la perdieron. Se realizaron 40 entrevistas en profundidad con las familias a las que se les retiró la guarda y custodia de sus hijos.

Proceso de diagnóstico y retirada

El artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio), remite al artículo 172 del Código Civil. El artículo 172.1 del Código Civil.

El interés del menor es “un bien supremo”, de tal modo que cada decisión que se inspire en este principio debe realizarse con objetividad e imparcialidad exquisitas. Sin embargo, dicho de manera sucinta, hemos comprobado que en no pocas resoluciones administrativas que declaran el desamparo de un menor, se utilizan argumentos poco claros, muy debatibles, y se repiten fórmulas estereotipadas, eso que coloquialmente llamamos un “corta y pega”.

Falta de habilidades parentales en los progenitores, falta de concienciación de estas limitaciones para el cuidado del menor; ausencia de recono-

cimiento de sus dificultades; negligencia en higiene y alimentación; inestabilidad emocional de los progenitores; precariedad.

En fin, un texto, que, en muchas ocasiones, carece de concreción, y dificulta, por tanto, la defensa frente al mismo.

La pregunta que nos convoca es si las razones expuestas unas líneas arriba son hechos tan graves como para que se puede privar a un hijo de la convivencia con sus padres. Apuntamos al lector que, según el art. 18. 2 de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la situación de pobreza de los progenitores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo, sin embargo, la precariedad económica de la familia y las consecuencias que ello conlleva es, en muchas ocasiones, una circunstancia determinante para que la administración decida que un niño está en situación de desamparo.

Una vez declarados en desamparo, un alto porcentaje de los niños van a casas de acogida, (gestionadas en una alta proporción por organizaciones privadas), antes de decidir su paso al acogimiento (en familia extensa o ajena); las Administraciones otorgan a estas organizaciones significativas sumas de dinero al mes por cada menor. Nos preguntamos por qué no conceden esas mismas ayudas económicas y apoyos humanos a los padres si la cuestión reside en una situación de desempleo o precariedad, como, en muchas ocasiones, subyace en sus propios informes. De forma repetida observamos que se dice que todo se hace en interés del niño, pero siempre sin la familia, como “si la familia fuera un ente separado”.

Los servicios de protección al menor realizan un informe del comportamiento de los padres, una valoración psicosocial, educativa, que lleva a cabo un equipo de la Administración al que la ley reviste con poderes que podríamos calificar de “absolutos”. Por consiguiente, será formalmente dicho equipo, dirigido por un técnico, el que decida sobre la vida futura del niño.

No existe un juicio previo justo para proceder a la retirada del hijo. La resolución administrativa habilita para que el técnico de Servicios Sociales proceda a la retirada y solo posteriormente

se inicia el procedimiento judicial si los progenitores interponen recursos frente a la declaración de desamparo.

En primer lugar, observamos que, en cualquier caso, se trata de una decisión que no suele estar respaldada por un análisis global, ya que por ejemplo se suele llevar a cabo sin la coordinación de la familia ni directa, de primer grado, ni extensa (abuelos, etc.). Entendemos que asistimos a un clamoroso escenario de desigualdad entre los contendientes: la Administración y la familia encausada. El actor principal, en este caso la Administración, atesora prácticamente todo el poder frente a personas generalmente vulnerables, con pocos recursos y sin dialécticas eficaces de respuesta.

Al retirar la custodia a los progenitores, éstos pueden optar por una de estas dos alternativas: la primera es que los padres no realicen ninguna actuación al margen de lo impuesto por la administración, y terminen, en muchas ocasiones, perdiendo la custodia, e incluso la patria potestad de sus hijos; la segunda vía se inicia si los progenitores recurren judicialmente la declaración de desamparo. Para intentar recuperar a sus hijos los progenitores judicializan la situación.

Cuando se adopta esta segunda vía (se judicializa el proceso), hay que comenzar diciendo que, a pesar del planteamiento del recurso, no suele haber fluidez, porque no existe actuación inmediata de los órganos judiciales; esto quiere decir que pueden pasar varios meses o incluso años para que un juez pueda conocer esa demanda planteada por los padres biológicos. En este sentido, y según las diferentes experiencias que hemos atesorado todos los firmantes en estos casos, hemos comprobado que los menores encausados y la familia en su conjunto, se sumergen, a partir de la separación, en una atmósfera de impotencia, desesperanza y mucho sufrimiento. Nos preguntamos si esta forma de actuar está protegiendo adecuadamente el derecho al bienestar de los menores. Entendemos que no.

Consideramos que la presunción de veracidad sobre los informes emitidos por la Administración, sin cuestionamiento alguno, puede provocar que la prueba para desvirtuar las afirmaciones de los Servicios Sociales sea cuasi diabólica.



Los informes aportados por los Servicios Sociales, en ocasiones, son elaborados sin suficiente imparcialidad ni objetividad. Ante el “blindaje” de dichos informes, en muchos supuestos, puede resultar “prácticamente imposible” que los progenitores puedan deslegitimar las afirmaciones de la Administración.

Nos preguntamos: ¿qué ocurre si se producen errores, si se traspapela un documento, si el informe contiene inexactitudes, si los informes de la Administración no están correctamente supervisados, si son trabajadores acostumbrados a la falta de humildad puesto que sistemáticamente se les da la razón?, ¿qué ocurriría si estos funcionarios tuvieran falta de formación? ¿Qué ocurriría si hay intereses cruzados?; por ejemplo, que un familiar del equipo que realiza el informe trabaje en una casa de acogida.

Los informes de parte que pueden aportar los progenitores, que es prácticamente la única tabla de salvación para recuperar a los hijos, no suelen considerarse prueba suficiente, en el análisis efectuado por el órgano judicial. Los progenitores o la familia extensa pueden presentar un informe pericial psicológico, psiquiátrico, para afirmar que son padres adecuados e intentar rebatir el informe de la Administración, pero nos consta que habitualmente, a estos informes no se les atribuye suficiente valor probatorio frente a las afirmaciones aportadas por los Servicios Sociales.

Sobra decir que se admite la pericial -psicológica o psiquiátrica- como prueba documental (puesto que es obligatorio aceptarla), pero al considerar que se trata de un informe “de parte”, se les dota de menor objetividad, no se consideran suficientemente relevantes. El juzgador, en este tipo de procedimientos, para tomar la decisión final, no suele tenerlos en consideración con el mismo peso que los informes de la Administración. Sea como fuere, en todos los casos considerados como ambiguos que hemos revisado, los informes favorables aportados por los progenitores no fueron tenidos en cuenta suficientemente, no se consideró por el juzgador que desvirtúan los informes de la Administración. En este sentido podemos argumentar que funciona una especie de inercia fatal: el protocolo se torna inamovible y lleva a la desestimación

de un amplio número de recursos interpuestos. Uno de los casos más llamativos es el de una madre que durante los diez años de litigios llegó a presentar hasta seis informes psiquiátricos psicológicos (tanto del sistema público de salud como del privado) donde se sostenía en todos ellos que no padecía enfermedad mental alguna y que era apta para el cuidado de sus hijos. En la actualidad, esta mujer sigue sin tener la custodia de ninguno de sus tres hijos.

Esto supone un hecho a todas luces sorprendente y es que los padres no tienen prácticamente ninguna posibilidad de demostrar su buena capacidad parental, es decir que son padres normales, y ante estos hechos se muestran indefensos. A todo esto, añadimos que asistimos a la triangulación de los hijos que sabemos empeora la tesitura de las familias. En este sentido nos preguntamos, como profesionales de la educación y la salud mental, por tantos casos de pacientes a los cuales se les retiraron los hijos cuando estaban en la fase aguda de su trastorno, pero que al cabo de un tiempo se curaron de dicho trastorno, un brote psicótico puntual, una adicción en remisión, etc.

Discusión

Para finalizar queremos apuntalar algunas ideas y aclarar algunos conceptos para que el lector pueda tener una respuesta más cabal en este tema.

La ley prevé la posibilidad de llevar a cabo actuaciones en situación de riesgo y ello supondría el apoyo institucional sin que el menor tenga que ser separado de su entorno familiar. Solo debería adoptarse una determinada medida protectora si no puede resolverse la situación de desprotección con otra de menor intensidad.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que en materia de medidas de protección de menores es principio esencial, a respetar por todos los organismos intervinientes, el de proporcionalidad entre la situación de riesgo/desamparo que provoca la intervención y la medida de protección a adoptar. Esa es la doctrina sostenida entre otras en las sentencias Anderson contra Suecia de 25 de febrero de 1992 y Eriksson contra Suecia de 22

de junio de 1989, al resolver el Tribunal sobre presuntas vulneraciones de dicho Estado del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en unos supuestos de menores declarados en desamparo.

La retirada de la custodia de unos hijos es una actuación que, por su gran importancia y gravedad, solo debería adoptarse tras un riguroso juicio, celebrado en igualdad de condiciones. Queremos recordar al lector que en realidad no es así, insistimos. Creemos, pues, que la retirada del menor solo debería producirse en casos de severo e inmediato riesgo (incendio, anegamiento, peligro inminente de crimen, etc.), en ausencia de alternativas más plausibles.

La cuestión se puede complicar más aún pues, por increíble que parezca, en algunos casos, aunque los Tribunales de Justicia den la razón a los padres, no se puede recuperar al niño. Hay varias sentencias en las que el Tribunal Supremo o el Tribunal de Derechos Humanos han argumentado que el paso de varios años hasta llegar a una resolución judicial ha supuesto la adaptación del niño a la nueva familia adoptante y, a pesar de estar acreditado el error de la Administración al declarar en desamparo y al dar los pasos sucesivos, sin acordar el retorno del menor con sus padres, ha decidido el Tribunal que el bien del menor es quedarse en la familia adoptiva.

Otro problema es que el Código Civil en su artículo 172.2 (modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), recoge una limitación temporal de dos años para que los progenitores puedan solicitar la revocación de la declaración de desamparo y recuperar la guarda y custodia de sus hijos. Superado ese plazo, los padres no podrán oponerse a las medidas que adopte la Administración respecto a sus hijos. Esto quiere decir que, una vez declarada la situación de desamparo, los padres se encuentran en una carrera “contrarreloj” en la que el tiempo corre en su contra. Art. 172.2 del Código Civil.

Si han transcurrido dos años desde esa declaración de desamparo (y en consecuencia, desde que se han llevado a los niños de casa), los progenitores han recurrido la resolución y se ha con-

firmado judicialmente, los niños pueden ser entregados en guarda con fines de adopción y que ésta llegue a consumarse sin que la oposición de los padres biológicos sea relevante.

Tal y como se encuentra redactada la legislación actual los menores declarados en desamparo, pueden seguir con frecuencia el siguiente guion:

- 1) El niño es llevado a un Centro de Menores donde permanecerá unos meses. De ahí puede pasar a una familia de acogida temporal, especialmente si se trata de un menor de corta edad.
- 2) A partir de un año, más o menos, las visitas de la familia biológica con su hijo se modificarán para distanciarse. En ocasiones, de una vez a la semana pasarán a ser una vez al mes.
- 3) Se suprimen definitivamente las visitas cuando el menor lleva, más o menos, veintidós meses alejado de la familia biológica.
- 4) A los 24 meses de la declaración de desamparo, comunicarán a la familia que el niño pasa a la situación de “guarda con fines de adopción”.

Las visitas entre los padres y los hijos suelen realizarse en un punto de encuentro, una hora a la semana o una hora al mes. Se trata casi siempre de visitas vigiladas por un supervisor donde, en muchas ocasiones, se controla el diálogo, la comunicación e incluso en ocasiones las muestras de afecto entre padres e hijos.

Otra cuestión que debemos subrayar es que, durante el acogimiento, debería ser excepcional la supresión de las visitas; sin embargo, es habitual la costumbre de los Servicios Sociales de que, próximo al plazo de dos años, se distancien las visitas hasta su supresión. De ese modo se cercena el espacio para posibles relaciones afectivas, al no existir contacto alguno del menor con sus padres ni con la familia extensa.

Siguiendo este proceso, en muchas ocasiones, cuando los hijos e hijas han sido entregados a una familia que los tiene en guarda con fines de adopción, la Administración puede proponer al Juzgado de Familia que se formalice la adopción sin que sea imprescindible y determinante el consentimiento de los padres biológicos. O sea, que *consumatum est*.



Tras lo expuesto hay que destacar que, con bastante frecuencia, un niño sometido a este itinerario ha pasado por tres o cuatro ambientes familiares de adaptación de relaciones paternofiliales. El resultado es que suele perder definitivamente familia natural biológica, pierde apellidos, pierde memoria y se pierde el vínculo afectivo.

Conclusiones

- No debería ser posible la retirada de un menor del hogar familiar, sin un juicio previo, donde las partes (los Servicios Sociales y la familia afectada) estuvieran en igualdad de condiciones.
- No puede permitirse que los informes de la Administración contengan afirmaciones subjetivas y sin una constatación objetiva e imparcial.
- Los informes aportados por los Servicios Sociales no pueden ser dotados de la validez incuestionable.

- Los informes de parte, única prueba que puede aportar la familia afectada, deben ser considerados prueba suficiente y con la misma capacidad para desvirtuar las afirmaciones de la administración.

- Que las familias se pudieran defender desde que se inicia el proceso administrativo contra ellas.

- Es imprescindible que las directrices políticas dadas para llevar a cabo la protección de los niños y niñas de este país sean revisadas urgentemente para cumplir con el interés del menor en las situaciones de desamparo y que no se continúe provocando los dramas que actualmente suceden.

Por todo ello, y para finalizar, hemos de recordar que cuando se maltrata a la familia también se maltrata al menor. Son maltratos institucionales en el ámbito familiar.

Contacto

Fernando Pérez del Río ✉ fpdel@ubu.es ☎ 697 775 535
Facultad de Educación, Universidad de Burgos
Calle de Villadiego, 1 • 09001 Burgos

Bibliografía

- Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia número 20, (2017) Informes, Estudios e Investigación 2018, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.
- Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia número 21, (2018) Ministerio de Sanidad y Consumo y Bienestar Social. Extraído de la dirección: https://observatoriodelainfancia.vpsocial.gob.es/productos/pdf/Boletin_provisional_Proteccion_21-Borrador.pdf
- Código Civil español. 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 (texto consolidado de 29 de julio de 2015).
- Consejo General del Poder Judicial (2012). Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Cuadernos Digitales de Formación, nº 4.
- Fariña F, Arce R, Novo M. (Ed.) (2005). Psicología Jurídica del menor y de la familia. Conselleria de Xustiza, Interior e Administración Local, Xunta de Galicia.
- Fernández-Luna Abellán A. (2017). Custodia compartida y protección jurídica del menor. Tesis. Universidad Complutense de Madrid.
- Fundación Atyme (2017). Custodia compartida y Mediación. Madrid.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Martín Hernández J. (2019). "Ideología y maltrato infantil", Barcelona: Ed. Herder.
- Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2018). Informes, Estudios e Investigación, 2017. Boletín número 20. Madrid.
- O'Callaghan Muñoz X, Fernández González B. (Coords.). La Reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia.
- Santamaría Pérez María Luisa, Tesis Doctoral (2017) "la Delimitación del Interés Superior del niño ante una medida de protección institucional", Universidad Internacional de Barcelona.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencias Anderson contra Suecia de 25 de febrero de 1992 y Eriksson contra Suecia de 22 de junio de 1989.
- UNICEF (2006). Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre de 1989. www.unicef.es
- Utrera, Gutiérrez J.L. (2012). El sistema legal de protección de menores. Cuestiones prácticas. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos Digitales de Formación. Cuaderno nº 4.
- Utrera Gutiérrez J.L. (2005). "Protección de menores: Acogimiento, adopción y tutela." En González Poveda P. y González Vicente P. (Coords.) Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y procesales. Madrid: Edit. Sepin.

- Recibido: 20/05/2021.
- Aceptado: 20/12/2021.