

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado
a la sentencia dictada en el recurso /2023.

El voto mayoritario, por una parte, desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal, y por otra, estima los recursos de casación, lo que conlleva el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la Sra. . En consecuencia, confirma la sentencia de primera instancia que desestimó su oposición a la resolución administrativa que dispuso, respecto a su hijo, la guarda con fines de adopción y la extinción del acogimiento temporal.

Mi desacuerdo se basa en las siguientes razones: (i) el motivo de desamparo acordado en su momento no quedó acreditado; (ii) no hay incoherencia entre la voluntad declarada de la Sra. de recuperar a su hijo y su actuación posterior; (iii) no hay razones para dudar de su capacidad parental; y (iv) sí hay razones para desestimar las conclusiones del informe técnico.

EL MOTIVO DE DESAMPARO ACORDADO EN SU MOMENTO NO QUEDÓ ACREDITADO

La situación de desamparo provisional y la constitución de la medida de acogimiento familiar de urgencia se acordó porque la autoridad administrativa competente apreció como posible causa de desamparo, de las enumeradas en el art. 23.1 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, la recogida en la letra i):

«La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor».

La apreciación de esta causal se basó en un informe previo en el que se realizó una valoración global del nivel de gravedad como desprotección grave, que se justificó, a su vez, en la detección, a través del instrumento VALÓRAME, de las siguientes tipologías e indicadores de riesgo y desprotección del menor: (i) maltrato físico: gravedad muy elevada; (ii) maltrato psicológico y emocional: gravedad muy elevada; (iii) negligencia hacia

necesidades psíquicas: gravedad muy elevada; e (iv) incapacidad parental de control de conducta: gravedad muy elevada.

De tales tipologías e indicadores no hay en el expediente administrativo el más mínimo vestigio objetivo. Como observa la Audiencia Provincial:

«[n]o consta en el expediente de guarda ni un solo dato sobre una posible enfermedad mental [de la Sra.], o que produjera daños al menor, demostrativo de una conducta de desatención o negligencia en el cuidado del bebe en las dos semanas posteriores al nacimiento [...] no se vislumbra la supuesta peligrosidad de la madre para con el menor [...] no hay lesiones, ni asistencia médica sobre el menor, ni actuación de terceros que soporten tales conclusiones o las ratifiquen, solo se asientan en las manifestaciones de una persona que luego se desdice».

Y, ciertamente, la actuación de la Administración solo se puede justificar por lo que manifestó la persona que por entonces convivía con la Sra. . Lo que sucede es que la información proporcionada por ella (que ante demandas que el bebé pueda requerir la madre se pone nerviosa y no tiene habilidades para su atención básica; que en una situación de llanto del bebé le dio dos palmetazos en el culo fuertes porque no tiene recursos y lo zarandea para que se calle; que trata al menor como a un muñeco y lleva mal que llore, lo que le provoca sentimientos negativos y de irritabilidad; que no hay muestras de afecto de la madre hacia el hijo; que la Sra. r no se ocupaba del niño, que no era capaz de cuidar al bebé y que había llegado a decir que lo iba a matar) puede explicar y respaldar la intervención inicial y urgente de la Administración, pero no su actuación posterior, dados los antecedentes de , con los que contaba la propia Administración, y su posterior y total retractación al declarar, contradiciendo por completo lo que antes había manifestado, que la Sra. nunca le puso la mano encima a su hijo; que ella no tuvo que protegerlo de su madre en ningún momento; que al niño nunca le faltó nada ni material ni de su madre; y que, pese a ser esta mamá primeriza, haber sufrido un embarazo de alto riesgo y seguir enferma cuando le dieron el alta en el hospital, nunca dejó de estar por el niño.

Es cierto que lo relevante no es cómo llegó a conocimiento del servicio de protección de menores la situación. Y también lo es que la falta de credibilidad de lo mismo se puede predicar de la denuncia que de la

retractación. Pero nada cambia lo primordial, que es que la situación que conoció dicho servicio, que fue la que informó no quedó acreditada. Por lo tanto, la valoración global del nivel de gravedad como desprotección grave en la que se fundó la apreciación de la causal de desamparo no estaba justificada.

El fiscal dice en el mismo sentido: (i) que no hay constancia alguna en el expediente de que en el momento de la entrega del niño se detectara falta de cuidado o signo alguno de maltrato de cualquier tipo, y, sin embargo, en resolución de ratificación del desamparo se refleja el informe de 5 de noviembre que aprecia sospechas de negligencia de la madre hacia las necesidades psíquicas del hijo y también habla de antecedentes de desprotección grave perpetradas por la madre; (ii) que los sucesivos informes parten siempre del riesgo detectado en la intervención de 24 de marzo cuando, como destaca la Audiencia Provincial, dicha intervención se apoyó principalmente en las manifestaciones de la amiga de la madre, que no solo se retractó posteriormente, sino que presentaba antecedentes que hacían dudar de la credibilidad de sus manifestaciones; y (iii) que no hay constancia alguna de que la Sra. hubiera maltratado a su hijo durante el tiempo (las tres primeras semanas de vida) que estuvo en su compañía.

NO HAY INCOHERENCIA ENTRE LA VOLUNTAD DECLARADA DE LA SRA. DE RECUPERAR A SU HIJO Y SU ACTUACIÓN POSTERIOR

La Sra. nunca manifestó, una vez nacido su hijo, que quisiera renunciar al bebé y darlo en adopción. Esa idea, como hizo constar la mediadora intercultural que habló con ella telefónicamente el 25 de marzo de 2020, estaba descartada desde el primer momento, aunque reconociera estar en una situación complicada y expresara la posibilidad de dejar al bebé en guarda de la Administración hasta que, como se le reclamaba para que pudiera hacerse cargo de él, reorganizara su vida y su situación mejorara.

El traslado a Cataluña de la Sra. no se puede interpretar negativamente o como una actuación incoherente. A llegó desde

allí, buscando un lugar más seguro, al ser su embarazo de alto riesgo, para poder descansar y estar más tranquila, y consideraba que el regreso a Cataluña, donde conocía más gente, contaba con alojamiento gratuito y estaba más próxima a su lugar de origen (Francia), le permitiría encontrar más fácilmente un trabajo y domicilio estables, todo con el objetivo de mejorar su situación y recuperar a su bebé, lo que comunicó a la mediadora intercultural el día 27 de marzo de 2020.

Es cierto que la Sra. solo se reunió con su hijo en tres ocasiones. Pero también es verdad que, en todo momento, informó de su imposibilidad para las visitas programadas. Además, designó como dirección para recibir documentación la de los servicios sociales de I, y mantuvo un contacto telefónico constante tanto con la mediadora como con el SPM, que estuvieron siempre informados de su situación. Sabían que estaba buscando un domicilio y un trabajo estables, que deseaba recuperar la convivencia con su hijo, y que enfrentaba serias dificultades para viajar y mantener un contacto más frecuente con aquel debido a su situación y escasos recursos, así como a las complicaciones de transporte ocasionadas por la pandemia.

Por lo tanto, el comportamiento y actuación de la Sra. no merecen reproche. Nunca tuvo la intención de renunciar a su hijo y descartó, desde el primer momento, la opción de darlo en adopción, lo cual evidencia su deseo de mantener el vínculo con el bebé. Su propuesta de dejarlo bajo la guarda de la Administración era una medida temporal, motivada por la necesidad de reorganizar su situación personal, encontrar un trabajo y domicilio estables y garantizar al menor un entorno más adecuado. A pesar de no poder asistir a todas las visitas programadas, mantuvo un contacto constante con la mediadora intercultural y el SPM, lo que demuestra un interés genuino en mantenerse informada y cumplir, en la medida de lo posible, con las expectativas planteadas. El traslado a Cataluña no resulta inexplicable ni se puede considerar incoherente; fue una decisión racional consideradas las circunstancias, y acorde y congruente con la finalidad perseguida: estabilizar su situación para recuperar a su hijo y poder ocuparse de él. Las limitaciones económicas, logísticas y las complicaciones derivadas de la pandemia son

circunstancias que justifican en gran parte su dificultad para mantener un contacto más frecuente con el menor. Sin embargo, su intención de resolver estos problemas siempre estuvo clara.

En definitiva, el comportamiento de la Sra. es el de una madre que, tras haber dado a luz, pide ayuda temporal a los servicios sociales, al atravesar una situación complicada por no disponer de trabajo ni domicilio y depender de un subsidio por desempleo que cobra de Francia, y que persigue, a pesar de las adversidades, superar dicha situación y recuperar a su hijo.

El fiscal dice en la misma línea: (i) que la voluntad de la Sra. de recuperar a su hijo queda fuera de toda duda; (ii) que la conclusión de que la madre entregó al menor a los solos efectos de que fuera cuidado por la Administración mientras solucionaba sus problemas económicos no resulta ilógica; (iii) que, a la hora de entregar al niño, no se pone reparo alguno a la propuesta de la madre, dado que su estancia en era accidental, de ir a buscar trabajo en Cataluña con la idea de poder atender debidamente a su hijo, y, sin embargo, se le cuestiona luego esa decisión en la entrevista de 19 de octubre, así como la irregularidad en las visitas, que, como expone la Audiencia Provincial, estaba justificada por las dificultades provocadas por la pandemia tanto en lo que se refiere a la posibilidad de obtener ingresos para los desplazamientos como a los confinamientos que se produjeron en distintos territorios; (iv) que la Sra. explicó que no podía dar la dirección en la que vivía porque el dueño no quería que recibiera cartas allí y que indicó la de los servicios sociales de Sabadell para recibir los documentos, reiterando que quería recuperar a su hijo; y (v) que los wasaps aportados por la Sra. dan la impresión de que los contactos por este medio con la trabajadora social fueron muy frecuentes y que lo importante es que expresan la preocupación e interés por su hijo, al tiempo que ponen de manifiesto las dificultades económicas de esta y desvirtúan lo alegado sobre que el confinamiento no era excusa y podía obtener un pase, pues, si eso fuera cierto, no se explica que se le diga que no hay visitas por confinarse , no entendiéndose, tampoco, que el 19 de octubre de 2020 se aperciba a la Sra. sobre la ratificación del desamparo, el 25 se le diga que se suspenden las visitas por el

confinamiento durante 15 días, y ya el 5 de noviembre se haga una valoración de desprotección grave, sin que se aclare qué conducta se le puede imputar en esos diez días que justifique la ratificación del desamparo.

NO HAY RAZONES PARA DUDAR DE LA CAPACIDAD PARENTAL DE LA SRA.

La Sra. ha conseguido estabilizar su situación. Sus condiciones actuales de vida patentizan un cambio significativo respecto a las circunstancias en las que se encontraba cuando nació su hijo.

Dispone de un contrato laboral indefinido y percibe unos emolumentos de 1232,98 euros al mes, lo que le proporciona los medios necesarios para cubrir tanto las necesidades básicas del menor como otros gastos relacionados con su bienestar y desarrollo.

Se ha empadronado en , donde reside, ocupando una vivienda de alquiler en la que tiene una habitación acondicionada para su hijo. Esto no solo garantiza un lugar seguro y permanente, sino que también fomenta un entorno propicio para el desarrollo personal y emocional del menor, al proporcionarle la estabilidad de un hogar.

No consta que la Sra. adolezca de insuficiencia, carencia o limitación física o psíquica que le impida asumir de manera adecuada el cuidado de su hijo. Por lo tanto, no se le pueden negar como madre las condiciones personales y la capacidad necesaria para proporcionarle una crianza integral y satisfactoria que garantice su desarrollo personal en todos los ámbitos. Es más, la madre ha evidenciado, desde que entregó su hijo a los servicios sociales, su firme voluntad de recuperarlo, manteniendo el contacto con aquellos y trabajando activamente para superar las dificultades iniciales. Esto refuerza su disposición y voluntad para garantizar el bienestar del menor.

El fiscal dice en la misma dirección que no hay pruebas de la incapacidad de la Sra. para cuidar a su hijo más allá de una situación temporal de dificultades económicas para atenderlo e incluso visitarlo; y que superada y solventada esa situación no hay dato alguno para sospechar de su competencia parental y de su idoneidad actual para encargarse de su hijo.

SÍ HAY RAZONES PARA DESESTIMAR LAS CONCLUSIONES DEL INFORME TÉCNICO

Las pruebas no son instrumentos retóricos, sino herramientas epistémicas adecuadas para suministrar información sobre los hechos relevantes del proceso cuyo mérito y calidad debe establecer el tribunal a través de un proceso de valoración crítica racional, intersubjetivamente controlable. Y los informes técnicos no constituyen una excepción, ni siquiera cuando proceden de un experto o se trata de una pericial de naturaleza científica.

El último informe de seguimiento aportado por la _____, de 27 de septiembre de 2024, se estructura en cuatro apartados. En el primero se recogen los antecedentes. En el segundo se analizan las características del menor. En el tercero se examinan los riesgos de una ruptura del vínculo de apego con los actuales padres guardadores. Y en el cuarto se realiza la valoración final.

En los antecedentes se da cuenta de la actuación administrativa desde el momento de la intervención inicial (refiriéndose a los informes de la Policía Local y de los servicios sociales de _____, a la conversación telefónica de 25 de marzo de 2020, al informe de seguimiento de 31 de agosto de 2020, y a las decisiones administrativas que han sido adoptadas), destacándose en negrita las circunstancias de maltrato e incapacidad parental atribuidas a la Sra. _____ y que la Administración ha tenido por ciertas a lo largo de todo el procedimiento.

En relación con las características del menor, se dice: (i) que no tiene capacidad para gestionar estados emocionales complejos apoyándose en sus competencias simbólicas; (ii) que el tránsito de su primera familia acogedora a la actual supuso un inevitable evento traumático que con toda seguridad quedó almacenado en sus memorias implícitas (sensoriales y emocionales) sin la posibilidad de dotarlas de sentido a través de un lenguaje aún no adquirido; (iii) que se constata que cuenta con un estilo de apego seguro basado en un vínculo de confianza con sus padres adoptivos que le permite relacionarse con

el mundo físico y social promoviendo de este modo su desarrollo integral; (iv) que con toda certeza una ruptura de este vínculo seguro vendría a agudizar todas las inseguridades que está superando, generando así un daño permanente en su estabilidad emocional y en su estilo vincular y relacional; y (v) que es en su actual familia adoptiva en el único núcleo en el que ha contado con la experiencia de permanencia, predictibilidad e incondicionalidad, requisitos imprescindibles para garantizar un desarrollo emocional saludable, y que la convivencia con sus actuales padres guardadores ha sido esencial en su estabilización emocional como en las demás áreas de su desarrollo, pudiendo observarse cómo disfruta, es risueño, cariñoso y feliz en su relación con sus padres guardadores.

Sobre los riesgos psíquicos de una ruptura del vínculo de apego con los actuales padres guardadores se dice: (i) que la ruptura en un proceso de vinculación de calidad daña la permanencia y la estabilización de las funciones psíquicas y, por lo tanto, que el menor necesita que la presencia y acompañamiento de sus referentes se prolongue de modo permanente para avanzar hacia la seguridad; (ii) que el truncamiento de un vínculo seguro no solo comporta daños emocionales, sino también físicos; (iii) que la separación de sus padres guardadores, al privarle de la experiencia segura de permanencia y protección que le proporcionan, determinaría secuelas definitivas en la construcción de su personalidad; (iv) que el retorno con su madre biológica supondría una ruptura del vínculo seguro establecido con sus padres guardadores y vendría a generar en él la percepción de que el mundo es inseguro e impredecible, dando lugar así a un daño permanente en su estabilidad emocional y en su estilo vincular y relacional; y (v) que su reintegración progresiva le llevaría a un continuo cambio de referentes que le imposibilitaría alcanzar la estabilidad en ninguno de los dos entornos, pues en el hogar adoptivo se sentiría abandonado, rechazado, desprotegido, y en el hogar biológico asustado y desorientado, por lo que a partir de esta experiencia no podría seguir confiando en los adultos y seguir madurando de forma positiva, ya que perdería toda confianza en la estabilidad de las

relaciones, generando el estrés resultante de este escenario un daño irreversible en la estructura psíquica del menor a todos los niveles.

En la valoración final se concluye: (i) que la guarda con fines de adopción está proporcionando al menor la seguridad y estabilidad que necesita para la promoción de su desarrollo integral, habiendo establecido con sus padres guardadores un vínculo de apego seguro; (ii) que el menor presenta reacciones de ansiedad de separación coherentes con dicho estilo vincular, encontrándose estas reacciones intensificadas en situaciones cotidianas, lo que sugiere una reactivación de las memorias implícitas de la ruptura de su vínculo de apego primario construido con su primera familia acogedora; y (iii) que una ruptura de la estabilidad y seguridad alcanzadas pondría en grave riesgo su estabilidad emocional y su salud integral.

La credibilidad del informe pericial es mínima debido a su parcialidad, su fundamentación especulativa y su posicionamiento rígido y sesgado a favor de una única alternativa: la preservación del vínculo actual.

Los antecedentes constituyen un relato unidimensional que recoge exclusivamente la versión administrativa desde el inicio de la intervención. Las circunstancias de maltrato e incapacidad parental que se presentan como hechos objetivos, y destacadas en negrita, no han sido probadas. Además, se silencia información relevante (por ejemplo, no se dice nada de la retractación de , de las razones alegadas por la Sra. para trasladarse a Cataluña o de su actual situación) y no se considera que la madre siempre manifestó su voluntad de recuperar a su hijo y que rechazó, en todo momento, cualquier posibilidad de adopción.

Las afirmaciones consecuenciales del informe son especulativas por su falta de soporte empírico sólido, su generalización excesiva y su enfoque determinista sobre posibles daños futuros. Estos elementos comprometen su validez como prueba objetiva y limitan su utilidad para la toma de decisiones informadas sobre el interés superior del menor.

Inevitable evento traumático, daño permanente en su estabilidad emocional y en su estilo vincular y relacional, secuelas definitivas en la

construcción de su personalidad o daño irreversible en la estructura psíquica a todos los niveles son declaraciones categóricas y genéricas que no se pueden asumir sin un apoyo objetivo claro y fundamentado y sin tener en cuenta la capacidad de resiliencia del menor (demostrada tras el tránsito de la primera familia acogedora a la actual) y las posibles intervenciones terapéuticas que podrían mitigar los riesgos.

El informe asume que las experiencias adversas del menor, como la ruptura de un vínculo de apego, resultarán invariablemente en daños irreversibles, lo cual no es axiomático. Es de conocimiento común que los niños poseen una notable capacidad de adaptación, que su desarrollo emocional y psicológico es un proceso dinámico influido por múltiples factores, no solo por un evento específico como la ruptura del vínculo actual, y que incluso experiencias traumáticas pueden ser superadas con el apoyo adecuado (o sin él, como parece haber ocurrido en este caso en que el menor ha transitado de la familia acogedora a la actual habiéndose adaptado a esta y observándose cómo disfruta, es risueño, cariñoso y feliz en su relación con los guardadores). Se suma a lo anterior que el informe no contiene un análisis a largo plazo que contemple cómo podría evolucionar el menor con el apoyo adecuado.

Tampoco el lenguaje del informe es el más acertado. Presenta riesgos potenciales como si fueran certidumbres inevitables, lo que refuerza su carácter especulativo. No distingue entre lo probable y lo posible, tratando situaciones hipotéticas como hechos consolidados. Y no contempla estudios de seguimiento o evaluaciones longitudinales que corroboren sus aserciones en menores en situaciones similares.

El carácter especulativo y sesgado del informe limita su utilidad para determinar el interés superior del menor, ya que desestima cualquier posibilidad de reintegración progresiva con la madre biológica sin explorar medidas para minimizar los riesgos; desconsidera que siempre que sea posible y seguro, el interés superior del menor incluye su derecho a ser criado por sus padres biológicos y que este derecho debe sopesarse con los riesgos emocionales señalados en el informe, y no descartarse sin una evaluación

exhaustiva de cómo equilibrar ambos intereses; omite valorar los beneficios potenciales del reencuentro con la madre biológica, como la posibilidad de recuperar un entorno familiar natural y la construcción de un vínculo significativo con ella, obviando por completo el impacto positivo que podría tener la reunificación familiar para el menor a largo plazo; y presenta una narrativa pesimista y determinista que podría influir en la decisión judicial sin una base suficientemente sólida.

En definitiva, las afirmaciones de naturaleza consecuencial del informe pericial deben ser desestimadas, ya que: (i) no están respaldadas ni apoyadas en una base empírica sólida; (ii) adoptan un enfoque determinista que ignora la capacidad de adaptación y resiliencia del menor; (iii) generalizan riesgos y confunden hipótesis con certezas; y (iv) contradicen el principio del interés superior del menor al descartar de forma absoluta y ab initio, sin un examen riguroso y detallado, cualquier alternativa o solución intermedia.

Un informe que aspire a ser determinante en una decisión tan importante como esta debe basarse en datos objetivos, análisis individualizados y una valoración equilibrada de los riesgos y beneficios, algo que no se cumple en este caso.

CONCLUSIÓN

La solución más prudente y razonable, a la vista de las circunstancias del caso y considerada su dificultad, era la propuesta por el fiscal.

Como la resolución de guarda con fines de adopción no puede considerarse justificada, pero tampoco resulta aconsejable el retorno con la madre que ordena la Audiencia Provincial, ya que no se dispone de informe favorable a tal medida y tampoco se ha podido valorar, dado que no se están desarrollando visitas, la respuesta del menor, lo más indicado hubiera sido revocar la resolución de guarda con fines de adopción y mantener la resolución previa de acogimiento temporal con visitas que aquella extinguía.

Esto habría permitido, como señala el fiscal: (i) garantizar a la madre una situación comparable a la que habría existido si no se hubieran suspendido las visitas ni ratificado la situación de abandono del menor, en

línea con lo establecido por la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 18 de junio de 2019, asunto *Haddad c. España*, núm. 16572/17); y (ii) ofrecer a la Administración una mejor base para adoptar una resolución definitiva sobre el menor, tras evaluar debidamente los contactos con su madre biológica.

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que se disiente.