

EJECUCIÓN EN SUS PROPIOS TÉRMINOS DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL *INEJECUTABLE*: SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE DEVOLVER UNOS MENORES A LA GUARDA Y CUSTODIA DE SU MADRE BIOLÓGICA Y LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN QUE HABÍA DECLARADO SU DESAMPARO

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL DESAMPARO DE MENORES Y SU PROCEDIMIENTO. III. SOBRE EL ACOGIMIENTO SUBSIGUIENTE AL DESAMPARO. IV. SOBRE LA REVERSIÓN DEL DESAMPARO Y DEL ACOGIMIENTO. V. SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN SUS PROPIOS TÉRMINOS Y LA IMPOSIBILIDAD DE LLEVARLA A CABO. 1. *El factor temporal*. 2. *La imposibilidad de ejecución no aboca a la inejecución*. 3. *¿Quién, cuándo y cómo debe apreciar la imposibilidad de ejecución?* 4. *El concepto de “imposibilidad”; imposibilidad natural, imposibilidad jurídica e inconveniencia*. 5. *La “imposibilidad” de retorno con su familia de origen del menor acogido tras un desamparo ulteriormente dejado sin efecto: valor que hay que dar a la opinión del propio menor*. 6. *La indemnización sustitoria en los casos de imposibilidad de ejecución: naturaleza jurídica y criterios para su cuantificación*. VI. ALGUNAS CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el problema de la ejecución de las resoluciones judiciales, y los obstáculos con que la misma puede toparse a causa de las situaciones de hecho creadas al amparo de decisiones previamente tomadas, más en particular cuando esas decisiones versan sobre el desamparo de menores y la entrega de los mismos en acogimiento. No es infrecuente que, en fase de revisión de las resoluciones administrativas correspondientes, se estime judicialmente que en realidad no había razones para proceder a declarar el desamparo de un menor, ni por añadidura para entregarlo en régimen de acogimiento familiar, lo que conduce a dictar un fallo ordenando la reintegración del menor con su familia de origen. Sin embargo, el riesgo que una alteración de las circunstancias creadas podría tener para la integridad moral del menor, puede imposibilitar el cumplimiento de ese fallo judicial en sus propios términos y abocar a un cumplimiento del mismo por equivalente, es decir, mediante el abono de una indemnización sustitutoria. Ello acarrea el problema adicional de determinar el monto de dicha indemnización, lo que deberá hacerse teniendo presente que no se trata de fijar una responsabilidad patrimonial de la

Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la cual ciertamente no podría ser impuesta por un órgano de la jurisdicción civil. La STC 11/2008, de 21 de enero, nos ofrece una buena oportunidad para analizar todos estos factores reunidos en un caso de difícil repetición.

PALABRAS CLAVE: desamparo de menores, acogimiento familiar, ejecución de sentencias en sus propios términos, indemnización sustitutoria.

ABSTRACT

This article analyses the problem linked to the execution of judicial decisions, and the obstacles that the execution may encounter given the factual situation created under the umbrella of previous decisions, more in particular when these decisions are related to neglected minors, and the taking of those minors into foster care. It is not unusual that, on the occasion of the revision of the corresponding administrative resolutions, the judges declare that there were not real reasons, neither to remove the child from their caregiver, nor to place them into foster care, which generates judicial decisions ordering the reunifying of the child with their birth family. However, the danger that a change in the current circumstances could imply for the moral integrity of the minor, may prevent to execute the judicial decision *in natura*, and it might oblige to accomplish the judicial order by means of an equivalent action, that is, through the payment of substitute compensation to the birth parents. That involves the additional trouble of establishing the amount of that compensation, which must be done taking into account that it is not a case of economic responsibility of the public Administration for the regular or irregular functioning of public services, since this kind of responsibility cannot be imposed by a civil court. The Constitutional Court's decision number 11/2008, of January 21, offers us a good opportunity to analyse all these elements present in a case rare to take place again.

KEY WORDS: Neglect of minors, foster care, execution of judicial decisions *in natura*, substitute compensation.

I. INTRODUCCIÓN

De las dos funciones que constitucionalmente se asignan exclusivamente al poder judicial, o en que se descompone "el ejercicio de la potestad jurisdiccional", como dicen los arts. 117.3 de la Constitución española (CE) y 2º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la de hacer ejecutar lo juzgado corre a veces el peligro de ser vista como una actividad de índole secundaria, subordinada a la actividad principal de jueces y tribunales, cual sería la función de juzgar, única que merecería ser considerada genuinamente jurisdiccional. Frente a esa visión, debe retenerse la radical

importancia de la función de ejecución de lo juzgado, que es la que permite hacer efectiva la declaración del Derecho (o *iuris dictio*), o dicho de otro modo, pasar de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto, a la *realización* del Derecho en el caso concreto, lo que comporta obtener una transformación de la realidad externa de tal forma que tomen cuerpo en ella el derecho subjetivo, o la situación o relación jurídica que hayan sido declarados (1).

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, hallándose concretamente conectado con la exigencia de que esa tutela judicial sea *efectiva* (2). Esta doctrina, consagrada ya en la temprana STC 1/1981, de 26 de enero, aparece después corroborada en numerosas resoluciones posteriores. Una exposición sintética de la misma se encuentra, entre otras, en la STC 71/2004, de 19 de abril, de acuerdo con la cual “*la tutela judicial reconocida en el art. 24.1 CE «se califica por la nota de efectividad» (STC 1/1981, de 26 de enero, F. 1), de modo que únicamente con el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes «el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria» (STC 61/1984, de 16 de mayo, F. 1); esto es, sin ejecución las resoluciones últimas de los Jueces y Tribunales «no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (STC 107/1992, de 1 de julio)» (F. J. 5) (3).*

(1) Al respecto puede verse A. DE LA OLIVA SANTOS, en *Derecho procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid., 1999, p. 41; ídem, en *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid., 2005, p. 17.

(2) Según J. GARBÉRÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson-Cívitas, 2ª ed., 2007, vol. I, p. 62, “cabe afirmar que nuestro ordenamiento constitucional consagra el *derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener de los Juzgados y Tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos puedan ser ejecutados en sus propios términos coactiva o forzosamente*” [énfasis del autor].

(3) Más extensamente, la STC 32/1982, de 7 de junio, resolviendo un recurso de amparo interpuesto ante la inexecución de una sentencia de condena a favor del recurrente, decía que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE “*no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige*

Pero no es sólo que, desde el punto de vista del justiciable, la ausencia de ejecución convertiría la función de juzgar en una mera declaración de intenciones, con el consiguiente quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva, y con el evidente riesgo de incentivar el recurso a la autotutela (4), sino que desde el punto de vista de la organización política del Estado, el dato de que los órganos judiciales no dependan más que de sí mismos para poder llevar a efecto –mediante la coerción que fuere necesaria– los mandatos contenidos en sus resoluciones, resulta esencial para apuntalar los cimientos del Estado de Derecho y afirmar el principio de separación de poderes. Como recuerda la STC 73/2000, de 14 de mayo, “*el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una «exigencia objetiva del sistema jurídico» y «una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho» (STC 15/1986, de 31 de enero, F. 3), pues implica, entre otras manifestaciones, «la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado» (STC 107/1992, F. 2, con cita de las SSTC 67/1984, de 7 de junio, y 92/1988, de 23 de mayo)” (F. J. 10).*

Más allá de su importancia, la experiencia demuestra que a menudo la tarea de hacer ejecutar lo juzgado es enormemente más procelosa que la tarea de juzgar, y que los órganos judiciales tienen constatado que llevar a efecto lo juzgado, obteniendo una transformación de la realidad acorde con el tenor de los pronunciamientos por ellos dictados, puede comportar en ocasiones graves dificultades de índole práctica. De ahí que jueces y tribunales se sientan a veces tentados de introducir *ex ante*, durante la fase valorativa en la que desarrollan su labor consistente en juzgar,

también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones” (F. J. 2).

(4) Dice A. DE LA OLIVA SANTOS, en *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid., 2005, p. 18, que “la jurisdicción, (...), ha de ofrecer (...), no sólo la posibilidad de declarar o crear idealmente lo jurídico en casos concretos; debe cumplir también, (...), el cometido de intentar (...) acomodar la realidad a lo jurídico, es decir, realizarlo. Sin este último cometido y la correspondiente actividad, la función jurisdiccional resultaría incompleta y fallida y podría llegar a legitimarse socialmente un regreso o retroceso a la realización del Derecho por propia mano”.

consideraciones que tienen que ver con la función de ejecución, a fin de garantizar la ulterior viabilidad de lo juzgado.

El Derecho de familia es probablemente uno de los que más oportunidades dan a jueces y tribunales para poner en marcha el proceso de ejecución, en concreto en su variante de ejecución de títulos judiciales. Las relaciones de familia son duraderas y las crisis por las que pueden atravesar suelen motivar la adopción de una amplia paleta de medidas, las cuales deben ser respetadas durante periodos de tiempo relativamente extensos. No es infrecuente que la parte condenada a cumplir un determinado comportamiento (abono de pensión de alimentos, pago de pensión compensatoria, respeto de régimen de visitas), desatienda lo ordenado por la sentencia, y que la otra parte se vea obligada a reclamar el cumplimiento forzoso de la misma en sede de ejecución, incluso en repetidas ocasiones. Adicionalmente, las medidas adoptadas para hacer frente a una crisis matrimonial, incluso las de carácter definitivo, deben ser en no pocas ocasiones moduladas e incluso revertidas con el paso del tiempo, en atención a los cambios sustanciales que se hayan podido producir, sobre todo cuando existen hijos menores (5).

A lo anterior hay que añadir que los intereses que están en juego en el Derecho de familia no son en la mayoría de los casos de índole patrimonial, o bien sólo lo son de forma indirecta, situándose en primer plano intereses de tipo personal, conectados con la presencia de vínculos de índole afectiva, que dan lugar a situaciones de convivencia, de ayuda y respeto mutuos, y en su caso de procreación (6). En particular, en relación con los hijos no emancipados, los padres tienen atribuidas potestades que se ejercen en beneficio de aquéllos, y que más allá de tener una dimensión patrimonial (pues ciertamente administran sus bienes y los representan), tienen una vertiente claramente personal, como es la conectada al deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía,

(5) Así lo recuerdan los arts. 90 y 91 del Código Civil (CC) –que permiten hablar por tanto de una esencial modificabilidad de las medidas, sujeta a la alteración sustancial de las circunstancias que hubieran motivado su aprobación–, en relación con los cuales debe ponerse el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que contempla el procedimiento de modificación de medidas definitivas, indicando la tramitación que corresponde dependiendo de si la modificación se pretende con carácter provisional o permanente, y en este último caso si la petición se formula o no de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

(6) Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, ed. Bercal, Madrid, 2007, p. 20.

alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, ejerciendo siempre la patria potestad de acuerdo con la personalidad del hijo y con respeto a su integridad física y psicológica (art. 154 CC). No en vano, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad da lugar a una sanción consistente en la privación de la misma, por tanto no a una medida de tipo indemnizatorio, ni tampoco a acciones dirigidas a obtener el cumplimiento *in natura* del deber incumplido, ya que nos hallamos ante comportamientos esencialmente incoercibles (7).

Así pues, el ámbito de las relaciones jurídico-familiares, sobre todo cuando hay por medio los intereses de menores no emancipados, se presenta como un terreno abonado para la proliferación tanto de sucesivos procedimientos de ejecución como de demandas de modificación de medidas, así como para la aparición de problemas de viabilidad de la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales dictadas (8). En particular, las decisiones que tienen que ver con la guarda y custodia de los hijos, en procesos de crisis matrimoniales o de desamparo de menores, se perfilan como algunas de las más delicadas a la hora de ser ejecutadas. En ellas, la situación de hecho creada por una anterior resolución judicial que haya determinado la atribución de la guarda y custodia a uno de los cónyuges (p. ej. en la fase de medidas provisionales), o por una resolución administrativa que, tras declarar el desamparo, acuerde constituir un acogimiento, puede tener un peso decisivo en trance de dictar una posterior resolución judicial con virtualidad para revocar ese estado de cosas. Diríamos que en este campo, lo provisional está llamado a cobrar un carácter permanente, siquiera sea por lo inconveniente que puede ser revertir una situación fáctica creada por mor de una anterior resolución judicial (o administrativa), aunque posteriormente se estime que ésta merece ser revocada o dejada sin efecto. En todo ello juegan sin duda un papel clave los lapsos de tiempo, a menudo extensos, que se producen desde que una decisión

(7) Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, ed. Bercal, Madrid, 2007, p. 21.

(8) Acerca de las dificultades para lograr la efectividad de los pronunciamientos obtenidos en materia matrimonial y de familia, donde además el logro de esa efectividad es, si cabe, más importante, habida cuenta de que se trata de una materia donde no sólo interviene la autonomía de la voluntad sino que se mezclan intereses de orden público, vid. M^a P. GARCÍA ABURUZA, "Sobre el régimen de ejecución del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Repertorio Aranzadi TSJ y AP* 2004/20, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2005\597, p. 1.

en primera instancia es revisada por la instancia superior, o desde que vienen a establecerse unas medidas definitivas en sustitución de las provisionales (9).

En el presente trabajo me propongo someter a estudio el problema de la ejecución de las resoluciones judiciales, y los obstáculos con que la misma puede toparse a causa de las situaciones de hecho creadas al amparo de decisiones previamente tomadas, más en particular cuando esas decisiones versan sobre el desamparo de menores y la entrega de los mismos en régimen de acogimiento. No es infrecuente que, en fase de revisión de las resoluciones administrativas correspondientes, se estime judicialmente que en realidad no había razones para proceder a declarar el desamparo de un menor, ni por añadidura para entregarlo en régimen de acogimiento familiar, lo que conduce a dictar un fallo ordenando la reintegración del menor con su familia de origen. Sin embargo, el riesgo que una alteración de las circunstancias creadas podría tener para la integridad moral del menor, puede imposibilitar el cumplimiento de ese fallo judicial en sus propios términos y abocar a un cumplimiento del mismo por equivalente, es decir, mediante el abono de una indemnización sustitutoria. Ello acarrea el problema adicional de determinar el monto de dicha indemnización, lo que deberá hacerse teniendo presente que no se trata de fijar una responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la cual ciertamente no podría ser impuesta por un órgano de la jurisdicción civil.

La STC 11/2008, de 21 de enero, nos ofrece una buena oportunidad para analizar todos estos factores reunidos en un caso –confiemos– de difícil repetición, tanto por lo espinoso y complejo de su sustrato fáctico, como por el gran número y divergencia de pareceres de las resoluciones judiciales dictadas a lo largo del procedimiento, que en su fase final acabó enfrentando a la madre biológica de dos menores –cuyo desamparo había sido dejado sin efecto por sentencia firme– contra la Junta de Andalucía –cuya

(9) Observa C. PÉREZ CONESA, *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, ed. Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, p. 9, cómo “en ocasiones, lo que en principio se adopta con carácter de provisionalidad termina por considerarse judicialmente definitivo, lo cual no deja de revelar que el cambio de situación en la relación matrimonial exige, en consideración a la incipiente crisis que pasará a ser definitiva con la resolución judicial, medir sus consecuencias jurídicas desde el momento de sus inicios”.

Consejería de Asuntos Sociales había dictado en su momento la declaración de desamparo—, en reclamación de una indemnización sustitutoria como consecuencia del imposible cumplimiento del mandato judicial relativo al retorno de los menores con su progenitora. El caso, sobre algunos de cuyos pormenores no es la primera vez que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse (10), ha pasado a ser conocido como el de los «niños de Dos Hermanas», según una pauta de denominación que se basa en complementar el sustantivo «niño», «niña» o «niños», con el nombre de la localidad de procedencia de su familia de acogida (11).

Además de por otras muchas razones, el caso de los «niños de Dos Hermanas» presenta connotaciones que, sin temor a exagerar, pueden calificarse de trágicas, si se piensa que antes de ver resuelto [por la STC 11/2008] el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía frente al Auto que fijaba el importe de la indemnización a su favor, D^a Carmen F. F., madre biológica de los niños, falleció (12). Ello le impidió saber que el Tribunal Constitucional, acogiendo sus alegatos y los del Ministerio Público, decidió desestimar la demanda de amparo formulada por la Junta de Andalucía. A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de referir detalladamente los hechos de este caso, así como la secuencia procesal del mismo, prestando atención a los fundamentos jurídicos de las diversas resoluciones recaídas a lo largo de ella.

(10) Con anterioridad a la STC 11/2008, fue dictada en el seno de este mismo litigio la STC 124/2002, de 20 de mayo, a propósito de un problema diferente: la falta de audiencia de los acogedores de los niños en el procedimiento de oposición a la situación de desamparo y acogimiento preadoptivo. Más adelante me referiré también a esta resolución.

(11) Ello tiene la virtud de poder identificar rápidamente cada uno de estos casos, salvaguardando en todo momento la intimidad de los menores en cuestión.

(12) La noticia de su fallecimiento, acaecida apenas un mes antes de que el Tribunal Constitucional emitiese su fallo, conmovió a la opinión pública de Andalucía. En particular, los rotativos sevillanos se hicieron eco del luctuoso suceso, así como de la apertura del testamento, que entre otros extremos deparaba la sorpresa de que el abogado de Carmen F. F. percibiría un tercio íntegro de la herencia, lo que según las informaciones de prensa representaba un importe de casi 600.000 euros. Pueden verse, tanto *El País*, del día 10 de febrero de 2008, edición de Andalucía, p. 5, como *Abc*, edición de Sevilla, de 25 de septiembre de 2008 <http://www.abcdesevilla.es/hemeroteca/historico-25-09-2008/sevilla/Sevilla/el-hijo-de-carmen-fernandez-recibira-de-herencia-el-minimo-legal_81232165849.html>.

II. SOBRE EL DESAMPARO DE MENORES Y SU PROCEDIMIENTO

Conforme al art. 172.1.II CC, 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”. Es habitual apreciar que, para que se produzca el desamparo deben darse dos requisitos cumulativos (13): de un lado la privación de la necesaria asistencia del menor, tanto si incide en la esfera puramente material (sustento, habitación, vestido, asistencia médica) como si lo hace en la esfera moral (compañía, atención, cuidado, afectividad); de otro el incumplimiento de los deberes de protección por parte de quienes ostenten la potestad de guarda del menor, lo que comprende no sólo los casos de abandono absoluto del menor, por inexistencia o ausencia de las personas que debían hacerse cargo de los deberes de guarda, sino también aquellos supuestos en que los guardadores, a pesar de hallarse en compañía del menor, incumplen de hecho dichos deberes de guarda, o los ejercen de manera inadecuada, o se hallan imposibilitados para llevarlos a cabo. A veces se menciona, como tercer requisito, que pueda establecerse un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes tuitivos hacia el menor y la privación de asistencia sufrida por éste (14), lo que sin embargo no debe interpretarse en el sentido de que la situación del menor pueda ser imputada a quienes ostenten la patria potestad o la tutela con base en criterios culpabilísticos, ya que el desamparo es una situación objetiva que permite [y obliga] a la entidad pública a reaccionar toda vez que lo detecte, al margen de que pueda o no establecerse un juicio de culpabilidad hacia los padres o tutor (15).

(13) Vid. M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario al artículo 172”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Thomson-Aranzadi, 2006, p. 313.

(14) Vid. SAP núm. 111/2005 Baleares (Sección 3ª) de 11 marzo.

(15) Así lo recalca H. DÍEZ GARCÍA, “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, p. 2. Esta autora hace un repaso por las principales situaciones de hecho que son tomadas en la práctica como reveladoras del desamparo de un menor, con apoyo en las leyes autonómicas sobre protección de menores, las cuales –según informa– vendrían a reflejar la experiencia judicial en la materia. Así, junto a la ausencia de las personas a las que legalmente corresponda ejercer la guarda del menor, menciona la imposibilidad de ejercicio de la

El art. 172.1 CC describe el procedimiento a seguir para atender los casos de desamparo, que como tal es una situación de hecho que no precisa de una declaración judicial previa para apreciarlo. Conforme a dicho precepto, la entidad pública que tenga encomendado en un determinado territorio la protección de los menores podrá constatar que un menor se encuentra en situación de desamparo, y con base en ello adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. La tutela del menor desamparado corresponde a dicha entidad pública por ministerio de la Ley, si bien ésta deberá poner la situación en conocimiento de la Fiscalía y notificarlo en legal forma a los padres, tutores o guardadores en el plazo de cuarenta y ocho horas. Asumida que sea la tutela atribuida a la entidad, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad o la tutela ordinaria (16). En particular, la guarda del menor pasará a ser ejercida por la entidad pública en cuestión, la cual podrá desempeñarla en régimen de acogimiento familiar o acogimiento residencial.

Los efectos anudados a la declaración de desamparo son, por consiguiente, muy potentes en lo tocante al desempeño de la patria potestad o tutela, y en especial por lo que hace a la guarda del menor, de la que los padres o tutor se verán privados. El peligro de desvinculación afectiva del menor con respecto a su

guarda por esas personas, o la inviabilidad de que la sigan ejerciendo sin peligro para el menor; la verificación de un incumplimiento o un ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos para la guarda de menores; la constatación de que el menor ha sido objeto de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación, mendicidad u otra situación análoga; la falta de escolarización del menor, o la ausencia reiterada y no justificada del mismo al centro escolar por causa imputable a sus guardadores; el consumo habitual de alcohol o drogas en el entorno familiar; la no solicitud de recuperación de la guarda por parte de los padres o tutores una vez desaparecidas las circunstancias que justificaron su asunción por la Administración (pp. 3-5).

(16) La tutela *ex lege* de la entidad y la suspensión de la patria potestad deben poder tener acceso al Registro Civil, a pesar de lo decidido por la Resolución DGRN 22.06.1996, puesto que se trata de situaciones que afectan al estado civil de la persona. Aunque la declaración de desamparo no provenga de una resolución judicial, el documento administrativo en el que conste, es título bastante para la inscripción (art. 23.I LRC y art. 81 RRC). La suspensión de la patria potestad podrá inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento conforme a los arts. 46.II LRC y 180.I RRC. Sobre esta cuestión, J. J. MARÍN LÓPEZ, "La inscripción en el Registro Civil de la tutela *ex lege* y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Comentario a la R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1996", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1997, pp. 572-585. Ídem, M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, "Comentario al artículo 172", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Thomson-Aranzadi, 2006, p. 314.

familia de origen es notable. De ahí que deba prevalecer una interpretación restrictiva de lo que haya que entender por situación de desamparo, y que la intervención de la entidad pública se reserve para los casos más graves en los que la separación del menor de su entorno familiar resulte absolutamente imprescindible (17).

No hay que olvidar que la L. O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) dispone también de mecanismos para actuar en las llamadas “situaciones de riesgo” (art. 17 LOPJM), entendiendo por tales aquellas situaciones de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, sin que requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En tales casos, los organismos competentes se limitarán a poner en marcha las actuaciones pertinentes para paliar la situación de riesgo y hacer un seguimiento de la posterior evolución del menor en la familia. Este tipo de medidas de baja intensidad, que no comportan separar al menor de su familia de origen, deben considerarse preferibles a las que comporta la declaración de desamparo (18), ya que uno de los criterios que deben guiar las actuaciones en esta materia es que, en principio, el mantenimiento del vínculo del menor con su propia familia ha de considerarse prioritario, y ello por más que, objetivamente, las condiciones materiales de las que vaya a disfrutar el menor si se declara su desamparo y se articula su acogimiento en una familia, sean mejores que las que le cabe esperar si permanece o retorna con su familia de origen (19), ya que de lo que se trata es de

(17) Vid. H. DÍEZ GARCÍA, “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, pp. 7-9.

(18) La subsidiariedad de la declaración de desamparo es puesta de manifiesto por el TC en su Sentencia 260/1994, relativa a la escolarización de niños pertenecientes a una secta. En ella se desestima el recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña frente a los Autos de la AP Barcelona que habían estimado la oposición de los respectivos padres a la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal promovida por la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad. Según el TC, era posible subvenir a la finalidad de lograr la escolarización de los menores sin necesidad de declarar su desamparo, figura que por la trascendencia que está llamada a tener en el desarrollo de los lazos afectivos entre el menor y sus padres o tutor, parece lógico que sólo pueda emplearse en aquellos supuestos en los que, por las circunstancias de la familia de origen, lo recomendable sea marcar una separación entre ésta y el menor.

(19) Siguiendo a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “¿Protección de menores ‘versus’ protección de progenitores?”, *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2000\235, p.2, “junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado. La protección del

proteger a los menores que se hallen excepcionalmente desasistidos, no de emplear la vía del desamparo para transformar la realidad socioeconómica, *trasvasando* los niños nacidos en entornos económicos más desfavorecidos desde sus familias de origen hacia familias acomodadas que pueden ofrecerles mejores condiciones materiales (20). En el caso de los «niños de Dos Hermanas», hay quien opina que la situación tan sólo habría requerido de medidas para paliar el riesgo, dirigidas a la rehabilitación de la madre biológica de los menores (la cual fue hallada en estado etílico en una intervención policial realizada en septiembre de 1996 en el barrio sevillano donde vivía, sin que hubiera ningún otro adulto en la casa que pudiera hacerse cargo de los niños), máxime si se tiene en cuenta que, habiéndose declarado el desamparo en noviembre de 1996 y habiéndose constituido el acogimiento preadoptivo de los niños en junio de 1997, había ya informes que acreditaban la abstinencia alcohólica de la madre desde abril de 1997. En lugar de adoptar medidas de baja intensidad, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía se decantó por constituir un acogimiento preadoptivo de los niños con exclusión del régimen de visitas de la progenitora (21).

Precisamente porque en todo proceso de desamparo está latente un indudable conflicto de intereses, de un lado el del menor –hecho valer, supuestamente, por la entidad pública que declara su desamparo– y

menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos”.

(20) Vid. H. DÍEZ GARCÍA, “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, p. 173. Una crítica demoledora de la conducta social que justifica que desde la Administración se haga una interpretación amplia de la noción de desamparo, puede verse en A. CARRASCO PERÉRA, “Desamparados”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 583 (Tribuna), en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\835.

(21) Especialmente crítica con este modo de proceder se muestra R. BARBER CÁRCAMO, “La subversión constitucional del acogimiento de menores”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 17/2002, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2002\2169, p. 16, para quien la entidad pública debería haber valorado que la progenitora se opuso a todas las actuaciones administrativas e inició de inmediato un tratamiento de desintoxicación del alcohol. También E. CORRAL GARCÍA, “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, *Aranzadi Civil*, 2003/11, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\1118, p. 2, cree que en este caso lo más correcto hubiera sido apreciar una situación de riesgo en lugar de una situación de desamparo.

de otro el de sus padres o tutor (22), es por lo que se faculta a estos últimos para que recurran ante la autoridad judicial la resolución que aprecie el desamparo y declare la asunción de la tutela por la entidad pública (23). Para ello podrán acudir a la jurisdicción civil, no siendo necesario plantear una reclamación previa en vía administrativa (art. 172.6 CC). Más en concreto, el art. 780 LEC regula la "oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores". En él, tras subrayarse la no necesidad de formular reclamación administrativa previa, se indica que quien pretenda oponerse a dichas resoluciones deberá presentar un escrito inicial expresando sucintamente su pretensión y la resolución a la que se opone. El plazo para hacerlo será de tres meses desde que se notifique la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, conforme al nuevo párrafo segundo del art. 780.1 LEC, introducido por la disposición final 2ª.tres de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. El tribunal reclamará a la entidad administrativa para que le aporte testimonio completo del expediente en el plazo de veinte

(22) Así lo expresa H. DÍEZ GARCÍA, "Desamparo de menores y acogimiento", *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, p. 7; Ídem, "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, p. 172.

(23) Como subraya M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 118 y ss., el instaurado en España tras la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificaba los artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, es un sistema en el que para proceder a constatar el desamparo del menor no es necesaria una declaración judicial, a diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del anterior art. 174 CC, proveniente de la reforma operada en 1970, conforme al cual la situación de "abandono" era apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción. Ciertamente, de la redacción dada al art. 172 CC por la Ley 21/1987 no era posible extraer de forma literal la atribución a la entidad pública de la facultad para declarar el desamparo, aunque ello se infería fácilmente del hecho de que el precepto asignase automáticamente una tutela *ex lege* a la entidad y no previese en modo alguno ningún control judicial previo. La cuestión quedó todavía más clara tras la aprobación de la L. O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, no sólo por la nueva redacción que dio al art. 172 CC, sino también por lo previsto en su art. 18.1, conforme al cual "cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal". De este modo, es claro que el legislador español ha querido que el control judicial de la situación de desamparo se efectúe a posteriori de la resolución administrativa que lo declare, y que se desencadene cuando los padres o guardadores se opongan a la resolución acordada por la entidad pública.

días. Una vez recibido dicho testimonio, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, la cual se tramitará con arreglo a lo que dispone el art. 753 LEC para los procesos especiales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores, esto es, conforme a los trámites del juicio verbal pero con contestación por escrito de la demanda. Es competente para conocer de dichos procesos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora.

Atrás quedan las dudas que se habían suscitado a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la cual omitió señalar el cauce procedimental adecuado para oponerse a las resoluciones administrativas declaratorias de la situación de desamparo (24). Esas dudas se manifestaron nítidamente en el caso resuelto por la STC 298/1993, en el que la madre biológica de una menor declarada en situación de desamparo combatía la resolución administrativa correspondiente, pretensión que fue desestimada por el Juzgado competente mediante Auto dictado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La madre promovió recurso de apelación pidiendo la nulidad de actuaciones sobre la base de no haberse ventilado su oposición a la decisión administrativa por los trámites del juicio verbal, como se debería haber hecho en aplicación del art. 1827 LEC/1881. La Audiencia Provincial [de Almería], desestimando el recurso, señaló que no podía darse a la oposición frente a las resoluciones administrativas de desamparo la tramitación del proceso verbal, pues carecía de sentido “el planteamiento en la jurisdicción civil de un procedimiento contencioso en que sería demandada la Administración por un actuar puramente administrativo” (25). Añadía

(24) En un primer momento se sugirió la aplicación de la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, conforme a la cual las normas de jurisdicción voluntaria se aplicarían a las actuaciones que se sigan, entre otras, para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad. Algunos autores, como M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 147-148, apuntaban la posibilidad de aplicar la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, conforme a la cual, en tanto no se procediera a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los procedimientos derivados de los Títulos IX y X del Libro I del Código civil se tramitarían por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria.

(25) El Tribunal Constitucional coincidió con la recurrente en criticar que la Audiencia hubiera desestimado el recurso de apelación por este motivo entre otros. En primer lugar, porque los tribunales no pueden negarse a resolver sobre el fondo de una controversia salvo que indiquen expresa y motivadamente su falta de competencia, y señalen a la vez cuál es el órgano competente. En segundo lugar, porque es opción del

también que no se estaba ante un expediente de jurisdicción voluntaria previo en el que se hubiera formulado oposición, sino “ante un procedimiento no previsto expresamente en la ley, en que una actuación de una entidad pública es llevada a los Tribunales civiles y en donde se procede a aplicar las disposiciones procesales comunes en materia de protección de menores de los arts. 1825 y ss. LECiv”. La demanda de amparo afirmaba que, al denegarse la práctica de las pruebas que interesaban a la madre del menor por las razones ofrecidas por la Audiencia, se habría vulnerado el derecho de la actora a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Para el Tribunal Constitucional, *“el problema nace de que, (...), la situación de desamparo de los menores de edad es conocida por los Juzgados civiles comunes en el cauce de un procedimiento ad hoc, que no se encuentra perfilado por la ley de manera clara ni acabada. Ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, precisan de qué forma pueden defender sus derechos la madre biológica, ni otros parientes o los guardadores, cuando una entidad pública competente en materia de protección de menores (...) entiende que un menor se halla en situación de desamparo”* (F. J. 4) (26).

Esa orfandad de regulación procedimental fue corregida merced a la aprobación de la LOPJM, cuya disposición adicional primera establecía claramente que las normas de la jurisdicción voluntaria se aplicarían, entre otras, a las actuaciones seguidas contra las resoluciones que declarasen el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, puntualizando además que en el indicado procedimiento los recursos se admitirían, en todo caso, en un solo efecto. Esto último tenía su importancia, porque de conformidad con las disposiciones generales de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC/1881) en materia de jurisdicción voluntaria, la regla era [y sigue siendo] la siguiente: las apelaciones interpuestas por quien hubiera promovido el expediente de jurisdicción voluntaria se admiten siempre en ambos efectos (art. 1819 LEC/1881), mientras que las

legislador concentrar en el Juez civil, como custodio del Derecho de familia, este tipo de pretensiones, por más que sean entidades públicas de carácter administrativo las que tengan confiada la protección de los menores desamparados.

(26) No obstante, el Tribunal Constitucional denegó el amparo. Lo importante, según el TC, no son tanto los cauces procesales, que el art. 24 CE no determina, como que se respeten las garantías procesales de los justiciables, y por tanto lo que debe valorarse es si en el caso concreto el titular del derecho a la tutela judicial efectiva ha disfrutado o no de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los oportunos medios de alegación y prueba.

interpuestas por quienes hayan venido al mismo expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación, serán admitidas en un solo efecto (art. 1820 LEC/1881). En virtud de lo señalado por la citada disposición adicional primera LOPJM, y a diferencia de lo previsto en esas disposiciones generales de la LEC/1881, la apelación interpuesta por los padres o guardadores frente a una eventual resolución judicial confirmatoria del desamparo, carecería de efectos suspensivos (27).

Sin embargo, la solución de encauzar a través de las normas de jurisdicción voluntaria la oposición a la resolución administrativa que haya declarado el desamparo, no resulta apropiada: la jurisdicción voluntaria se refiere –por definición– a actuaciones en las que no se da la contradicción de partes, mientras que el trámite al que nos venimos refiriendo será contencioso desde su origen, pues revela la oposición de los padres o guardadores a la decisión tomada por la entidad pública (28).

Actualmente, hay que entender que el mandato contenido en la disposición adicional primera de la LOPJM ha quedado desplazado por la regulación que dispone la LEC en sus arts. 779 y 780 (29), a la

(27) Conforme a esto, las resoluciones judiciales de primera instancia desestimatorias de las demandas de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, harían prevalecer la declaración de desamparo y por ende la separación del menor respecto de sus padres, inclusive las recurridas en apelación, hasta tanto recayese la resolución en segunda instancia. Vid. M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 157.

(28) Como observaba, ya para la situación previa a la LOPJM, J. EGEA FERNÁNDEZ, “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 5 (1995), p. 262, en cuya opinión “un expediente que se insta judicialmente precisamente por la oposición a la resolución de la Administración de la parte que lo inicia, se tramita por unos cauces que no están pensados para resolver cuestiones contenciosas”. En el mismo sentido, L. MURILLO JASO, “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, en *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza-Teruel noviembre de 2003*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 277.

(29) A tal fin, se aplicaría la disposición derogatoria única.³ LEC (“se consideran derogadas [...] cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley”). Así lo estima H. DÍEZ GARCÍA, “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, p. 204, nota n° 113, con apoyo en doctrina procesalista, recordando además que aquellas disposiciones procesales de la LOPJM no poseían rango de ley orgánica. Los arts. 779 y 780 LEC han sido dotados de nueva redacción por la disposición final 2ª.tres de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

que ya hemos aludido, y que remite en definitiva a un cauce procesal basado en el principio de contradicción, como es el juicio verbal (con la especialidad señalada en el art. 753 LEC) (30). Por lo que se refiere a la apelación de las resoluciones judiciales de primera instancia recaídas en este tipo de procedimientos, habrá que estar a lo que dispone el art. 456 LEC: la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda, o autos que pongan fin al proceso, carecerá de efectos suspensivos, mientras que las sentencias estimatorias de la demanda, contra las que se interponga el recurso de apelación, podrán tener la eficacia establecida en los artículos que regulan la ejecución provisional de resoluciones judiciales. Así las cosas, si el Juez desestima la oposición de los padres o guardadores a la resolución administrativa de desamparo, es claro que la eventual apelación frente a su decisión no suspenderá los efectos inherentes a la situación de desamparo; pero aunque el Juez fallara en sentido favorable a quienes se hayan opuesto a la declaración de desamparo, planteado que sea el recurso, habrá que aguardar a lo que resuelva el tribunal de apelación, pues conforme a lo previsto en el art. 525.1.1ª LEC este tipo de resoluciones no sería susceptible de ejecución provisional (31).

III. SOBRE EL ACOGIMIENTO SUBSIGUIENTE AL DESAMPARO

Dado un menor en situación de desamparo, sin necesidad de que medie declaración administrativa al respecto, se desata con respecto a

(30) La doctrina previa a la LEC ya había manifestado sus preferencias por esta solución. Vid. J. EGÉA FERNÁNDEZ, "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)", *Derecho Privado y Constitución*, n° 5 (1995), pp. 270-272.

(31) Este precepto excluye la ejecución provisional de las sentencias dictadas en procesos sobre el estado civil, como sería el que nos ocupa, en el que se estaría decidiendo sobre si la tutela del menor debe ser asumida *ex lege* por la entidad pública, con la consiguiente suspensión de la patria potestad ejercida por los padres o tutor, o por el contrario procede dejar sin efecto la declaración de desamparo y la automática tutela de la entidad, retornando el menor bajo la guarda de los padres o tutor ordinario. En general, como recuerda J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson-Cívitas, 2ª ed., 2007, vol. I, pp. 184-188, sólo son provisionalmente ejecutables las resoluciones judiciales que adopten la forma de sentencia y que contengan pronunciamientos de condena, lo que excluye la ejecución provisional de autos, así como de sentencias que sean meramente declarativas o constitutivas.

él, por ministerio de la ley, la tutela de la entidad pública encargada de la protección de los menores en el respectivo territorio (arts. 172.1, 239.1 y 222.4° CC, así como arts. 12.1 y 18.1 LOPJM), lo que comporta que la entidad pública deba adoptar las medidas necesarias para la guarda del menor, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificándolo a los padres, tutores o guardadores en un plazo de cuarenta y ocho horas. Se trata de una tutela provisional, *ex lege*, que no confiere a la entidad pública la titularidad de la patria potestad o tutela ordinaria sobre el menor, las cuales sólo quedan en suspenso (32). Esto quiere decir que los padres o el tutor ordinario del menor conservan la titularidad de su patria potestad o tutela (de hecho, los actos de contenido patrimonial que realicen en representación del menor y que sean beneficiosos para él, serán válidos), mas el ejercicio de la misma, y en concreto de aquellas funciones que integran su contenido personal, pasa a ser desempeñado por la entidad pública. Por descontado, subsiste el derecho de los padres a relacionarse con el menor, conforme a lo previsto en el art. 160.I CC, aunque la entidad podría modular el derecho de visita en función del interés del menor.

A partir del momento en que la entidad pública competente asume la guarda, pasa a convertirse en objetivo prioritario la búsqueda del interés del menor, y si bien se deberá procurar la reinserción de éste en su propia familia (así lo ordena el art. 172.4 CC), lo cierto es que su propio interés puede aconsejar la adopción de otras soluciones. En cualquier caso, como medida de carácter más inmediato, el art. 172.3 CC señala que la guarda asumida por la entidad pública como función de la tutela por ministerio de la ley, deberá realizarse bien por medio de un acogimiento familiar, bien por medio de un acogimiento residencial. El primero lo desempeñará la persona o personas que designe la entidad pública, mientras que el segundo lo ejercerá el Director del centro donde el menor haya sido acogido. En principio, ninguna de esas dos fórmulas es preferente con respecto a la otra, si bien el art. 21.1 LOPJM considera necesario que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, por lo que dice que habrá de procurarse que el menor –salvo que convenga a su interés– permanezca internado en acogimiento residencial durante el menor tiempo posible. Será por tanto muy

(32) Cuestión diferente es que más adelante, en virtud de decisión judicial, los padres sufran la privación de la patria potestad (art. 170 CC) o el tutor sea removido de su tutela ordinaria (art. 247 CC).

frecuente que, como medida subsiguiente a la tutela asumida por la entidad pública tras constatar la situación de desamparo de un menor, éste pase a una situación de acogimiento familiar, como medio a través del cual ejercerse la guarda por parte de la entidad pública (33).

El acogimiento familiar consiste en confiar el menor al cuidado de una o más personas que reúnan las condiciones adecuadas para hacerse cargo de él, atenderlo y procurarle la vida familiar de la que carece (como dice el art. 173.1 CC, el acogimiento familiar “produce la plena participación del menor en la vida de familia”). Conlleva por tanto la delegación al acogedor o acogedores del ejercicio de la función de guarda sobre el menor, permaneciendo la titularidad de la tutela *ex lege* en manos de la entidad pública. El acogimiento tiene un contenido estrictamente personal, pues el acogedor lo que asume son las funciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (vid. art. 173.1 CC, que viene a coincidir con el contenido esencial de la patria potestad enumerado en el art. 154.III.1º CC).

El art. 172 bis CC, introducido por la disposición final 7ª LOPJM, regula hasta tres tipos de acogimiento familiar, que varían en cuanto a su intensidad y finalidad. El primero de ellos es el «acogimiento familiar simple», que se perfila como una medida de carácter transitorio, bien porque se prevea que la falta de ambiente familiar idóneo no se prolongará por mucho tiempo y por consiguiente se tenga en mente la inserción del menor en su propia familia, bien porque se configure como una fase de transición hacia una medida de acogimiento más estable. La segunda modalidad es el «acogimiento familiar permanente», en el que no se da esa nota de transitoriedad. Se adoptará, previo informe de los servicios de atención al menor, en función de la edad de éste o de otras circunstancias que aquejen al menor y a su familia. Puede establecerse un acogimiento permanente cuando, tras haberse acordado un acogimiento simple, se detecte un agravamiento de la situación de la familia de origen que hace pensar que dicha situación no revertirá, o al menos no en un plazo breve. Cuando se formalice un acogimiento permanente, se prevé que los acogedores, a petición de la entidad pública y por atribución del Juez, puedan recibir un mayor número de facultades de tutela, al objeto de

(33) De hecho, como señala H. DÍEZ GARCÍA, “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, p. 15, lo habitual es que “la misma resolución administrativa que constate el desamparo acuerde, aunque sea de forma provisional, esta medida de protección [el acogimiento]”.

facilitar el desempeño de sus responsabilidades. Por último, el «acogimiento familiar preadoptivo» es una modalidad concebida para los casos en que sea nítido que el menor no podrá ser reinsertado en su propia familia, y por lo tanto se configura –como su nombre indica– como un paso previo a la adopción. De hecho, está previsto que se formalice cuando la entidad pública eleve ante el Juez la propuesta de adopción del menor, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad consentimiento para la adopción, y por su parte el menor se halle en situación jurídica adecuada para ser adoptado. Este tipo de acogimiento puede incluso formalizarse antes de haberse elevado la propuesta de adopción, si la entidad entiende que sería conveniente un periodo previo de adaptación del menor a la familia, aunque en este caso su duración no podrá exceder de un año.

En cualquiera de sus modalidades, el acogimiento debe ser formalizado por escrito en un documento, que deberá reunir el contenido descrito en el art. 173.2 CC (34). En dicho documento deberán figurar además los consentimientos necesarios para poder acordar el acogimiento, a saber: el de la entidad pública, el del acogedor o acogedores, y el del menor si tuviere doce años cumplidos. También los padres no privados de la patria potestad, o el tutor, deberán consentir. Si los padres o tutor se oponen al acogimiento, éste sólo podrá acordarse por el Juez a propuesta de la entidad pública, si bien ésta siempre podrá decretar en interés del menor un acogimiento familiar de carácter provisional que subsistirá hasta tanto recaiga la resolución judicial, y respecto del cual obviamente no es preciso recabar el consentimiento de los padres o tutor (arts. 173.3 y 173.2.I *in fine* CC). Cualquiera de las tres variantes de acogimiento previstas en la Ley (simple, permanente y preadoptivo) podrá ser acordada en este régimen provisional (35).

(34) A saber: modalidad de acogimiento y duración prevista del mismo; régimen de visitas de la familia de origen del menor; sistema de cobertura de los daños que pueda sufrir o causar el menor; asunción de gastos de manutención, educación y atención sanitaria; contenido del seguimiento a realizar por la entidad pública y compromiso de colaboración de la familia de acogida; compensación económica que en su caso vayan a percibir los acogedores y especificación de si actúan o no con carácter profesionalizado, detallando si el acogimiento tendrá lugar en un hogar funcional. Deberá acompañarse un informe de los servicios de atención a menores y darse traslado del documento al Ministerio Fiscal.

(35) Conuerdo con H. DÍEZ GARCÍA, “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, p. 195.

El procedimiento para la constitución judicial del acogimiento, la cual es necesaria cuando se opongan a él los padres o el tutor del menor, está regulado aún hoy en los arts. 1825 a 1828 LEC/1881, aunque debe tenerse en cuenta que el art. 1827 LEC/1881 fue derogado por la disposición derogatoria única.1.1ª LEC. Se trata por tanto de un trámite de jurisdicción voluntaria, lo que contrasta con el hecho de que el legislador del año 2000 decidiera incluir en la nueva LEC sendos procedimientos para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780 LEC) y para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (art. 781 LEC), los cuales en último extremo remiten a la tramitación prevista en el art. 753 LEC. Puesto que, por lo general, la oposición al acogimiento por parte de los padres o tutor entrañará una puesta en cuestión de la propia declaración de desamparo, e irá dirigida a acreditar que no subsisten las causas que lo motivaron (36), habría resultado adecuado prever un tratamiento procesal para la oposición al acogimiento similar al dispuesto para la oposición al desamparo, máxime cuando es harto frecuente que la propia resolución administrativa que declara el desamparo incorpore directamente la formalización de un acogimiento familiar, por más que éste revista carácter provisional debido a la oposición manifestada por los padres o tutor (37). Antes de la vigencia de la actual LEC resultaba factible, llegado el caso, acumular los autos relativos a la oposición a la declaración de desamparo y a la constitución judicial del acogimiento, dado que ambas debían resolverse en sendos expedientes de jurisdicción voluntaria. Ahora, por el contrario, la oposición a la declaración de desamparo debe ventilarse en un procedimiento contencioso, lo que hace que devenga inviable la acumulación tanto de procesos (art. 77.1 LEC) como de acciones (art. 73.1.2º LEC), con las consecuencias que de ello pueden derivarse en forma de resoluciones contradictorias (38).

(36) Vid. H. DÍEZ GARCÍA, "Desamparo de menores y acogimiento", *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, p. 23.

(37) Vid. H. DÍEZ GARCÍA, "Desamparo de menores y acogimiento", *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, p. 15.

(38) Vid. R. BARBER CÁRCAMO, "La subversión constitucional del acogimiento de menores", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 17/2002, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2002\2169, p. 8; ídem H. DÍEZ GARCÍA, "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, pp. 201 y ss.

IV. SOBRE LA REVERSIÓN DEL DESAMPARO Y DEL ACOGIMIENTO

En principio, tanto el desamparo como el acogimiento presentan como característica el ser situaciones reversibles o, si se prefiere, sin vocación de permanencia (39). Por lo que se refiere al desamparo, que comienza siendo una pura situación de hecho, y que pasa a ser una situación de Derecho desde el momento en que se declara mediante resolución administrativa, no es ya que los padres o guardadores del menor puedan recurrir a la autoridad judicial para oponerse a la resolución que lo haya declarado (40), sino que con carácter más general, la propia entidad pública de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, puede en cualquier momento “revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor” (art. 172.8 CC). Adicionalmente, los padres que continúen ostentando la patria potestad están legitimados, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, para solicitar que sea revocada la declaración de desamparo si entienden que, por cambio de las circunstancias que motivaron dicha declaración, se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 CC) (41).

(39) Vid., aunque en referencia a la tutela *ex lege* inherente a la declaración de desamparo, J. J. MARÍN LÓPEZ, “La inscripción en el Registro Civil de la tutela *ex lege* y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Comentario a la R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1996”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1997, p. 580. Sobre el esencial carácter temporal o transitorio del acogimiento, incluso de aquél que por su denominación parecería tener naturaleza permanente, vid. H. DÍEZ GARCÍA, “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, p. 177, nota n° 35, con abundante cita doctrinal.

(40) Recuérdese que, después de la introducción de un nuevo párrafo en el art. 780.1 LEC, por la disposición final 2ª.Tres de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, el plazo para manifestar esa oposición es de tres meses desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo del menor.

(41) Nótese que aquí ya no se trata de poner en cuestión que fuera ilegítima *ab initio* la actuación de la entidad pública, por no haber existido los presupuestos necesarios para decretar el desamparo, sino de acreditar que las circunstancias que lo motivaron [adecuadamente] han remitido y procede por tanto revertir la situación. Lo puntualiza H. DÍEZ GARCÍA, “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, pp. 170-171, quien además

Por su parte, el acogimiento necesita siempre de una formalización, como hemos visto *supra*, y puede incluso requerir constitución judicial si hay oposición a él por parte de los padres o tutor del menor. Para que pueda revertirse, lo que requerirá de nuevo la intervención del Juez si el acogimiento se hubiera constituido judicialmente (vid. art. 173.4.II CC y art. 1828 LEC/1881), deberá producirse alguna circunstancia que aconseje ponerle fin, ya sea porque proceda que el menor retorne bajo la guarda de sus padres o tutor, finalizando entonces asimismo la tutela *ex lege* de la entidad pública, o porque deba darse paso a una situación de acogimiento más intensa, o incluso a la adopción. Las causas por las que puede cesar el acogimiento del menor aparecen enumeradas en el art. 173.4 CC, y son las siguientes: (1º) decisión judicial; (2º) decisión del acogedor o acogedores, previa comunicación a la entidad; (3º) petición del tutor o los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía; (4º) decisión de la entidad pública que tenga la tutela, cuando lo considere necesario en interés del menor, oídos los acogedores (42).

La transitoriedad del acogimiento se agudizará, como es lógico, cuando estemos ante uno de esos acogimientos provisionales que la entidad pública puede acordar a pesar de la oposición de los padres o tutor, y precisamente por ser ésa la vía que la Ley deja a la entidad en los casos en que tal oposición se haya manifestado, a reserva de lo que decida el órgano judicial sobre el acogimiento en cuestión.

Así las cosas, es claro que desamparo y acogimiento constituyen situaciones jurídicas caracterizadas por una importante falta de fijeza, puesto que ambas pueden constituirse y revertirse en función de cambios de circunstancias, seguramente porque las dos tratan de atender a realidades fácticas que serán cambiantes –siendo por lo demás deseable que lo sean–, y porque el criterio que debe servir de

ilustra uno y otro supuesto con sendos casos judiciales que han pasado a los anales, a saber, el de la «niña de Benamaurel» [que se resolvió por AAP Sevilla 03.02.2000 y ulterior STC 221/2002, estimatoria del recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y los acogedores de la menor], en la que los padres de la niña –a su vez adoptivos– se habían opuesto al desamparo negando que hubiera existido base para declararlo; y el del «niño de El Royo» [que culminó con el AAP Salamanca 11.09.2000, frente al cual no se admitió recurso de amparo por ATC 28/2001], en el que la madre biológica del menor había hecho valer una variación de las circunstancias que habían dado lugar al desamparo, para paralizar el proceso de acogimiento preadoptivo del niño.

(42) No se olvide que tanto la entidad pública como el Ministerio Fiscal tienen la facultad y el deber de comprobar la situación en que se halla el menor y detectar posibles anomalías: arts. 173.2.II.4º y 174 CC.

guía (interés del menor) puede aconsejar adoptar primero una solución, para más tarde aconsejar la contraria (43). De hecho, hay quien ha señalado que, dada la naturaleza de la materia, es dudoso que en este ámbito el efecto de cosa juzgada material se desate en toda su amplitud (44), si bien es mejor razonar que, aunque dicho principio sí está vigente –máxime de conformidad con la normativa procesal actual, que ya no reconduce a los trámites de la jurisdicción voluntaria la oposición a la resolución administrativa que declare el desamparo– es la propia modificación sustancial de las circunstancias la que determinará que no pueda seguir hablándose del mismo objeto procesal, y por ende que no se cumpla el requisito de identidad necesario para poder aplicar la excepción de cosa juzgada (45).

Esa dependencia que tienen ambas situaciones respecto de los cambios circunstanciales, hace que también resulten especialmente sensibles a las situaciones de hecho a las que hayan dado pie las propias decisiones administrativas o judiciales sobre desamparo o acogimiento. De este modo, el estado de cosas instaurado a partir de la asunción por la entidad pública de la tutela *ex lege* del menor, influye inevitablemente sobre las decisiones que hayan de adoptarse a posteriori, pues cualquier alteración del *statu quo* podría ser perjudicial para el menor. Esto explica que situaciones en teoría transitorias y

(43) Sobre cómo el carácter de concepto jurídico indeterminado del principio del *favor minoris*, al obligar a valorar las múltiples circunstancias de hecho que confluyen en cada situación particular, puede favorecer la discrecionalidad en la interpretación de las normas y acarrear una importante dosis de inseguridad, vid. P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, "La problemática reinserción en su familia del menor acogido", *Derecho Privado y Constitución*, n° 18 (2004), pp. 175-176. Asimismo, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 195-196, refiriéndose a la dificultad de aplicación *in concreto* de ese concepto jurídico indeterminado como es «el interés del menor», observa cómo "es evidente que lo que puede interesar a un niño determinado puede no convenir a otro, y en cuanto al mismo menor unas circunstancias personales u objetivas cambiantes o distintas pueden determinar intereses también diversos; porque cada situación es irreductible a otras, todo caso es particular, ya que estamos en un campo en estrecho contacto con la vida" [énfasis mío].

(44) Es el caso de J. EGEEA FERNÁNDEZ, "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)", *Derecho Privado y Constitución*, n° 5 (1995), p. 268. Puede verse también, con matices, S. ORTIZ NAVACERRADA, "Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", *Actualidad Civil*, 1996-4, p. 968.

(45) Así, H. DÍEZ GARCÍA, "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, pp. 200-201.

perfectamente reversibles, como el acogimiento provisional acordado mientras el Juez decide sobre la oposición de los padres al acogimiento propuesto por la entidad pública, se perpetúen en muchas ocasiones debido a la pura fuerza de los hechos.

En general, cabe afirmar que los jueces y tribunales, una vez decretado el desamparo y el acogimiento posterior, no son muy proclives a apreciar la existencia de alteraciones en las circunstancias que dieron lugar al desamparo, lo que, junto a la constatación de que el acogimiento habrá dado lugar indefectiblemente a un alejamiento afectivo del menor respecto de su familia de origen, hace que la tendencia no sea precisamente favorable a acordar el retorno del menor con sus padres o tutor (46).

Por otra parte, la constitución de un acogimiento familiar provisional hace entrar en escena los intereses de otros sujetos –los acogedores– los cuales van a poder también hacerlos valer en el expediente judicial de acogimiento, pues no se olvide que conforme al art. 1828 LEC/1881, para la constitución judicial del acogimiento el Juez deberá recabar el consentimiento, entre otros, “de las personas que reciban al menor”. Asimismo, en el expediente de cesación judicial del acogimiento, dispone este precepto la necesidad de que el Juez oiga, además de a la entidad pública, al menor y a su representante legal, “a los que lo tengan acogido”. Como es fácil de imaginar, una vez constituido un acogimiento, aunque sea provisional, comienzan a fraguarse unos lazos afectivos entre los acogedores y el menor en virtud precisamente del desempeño de esa guarda que la entidad pública habrá delegado en los primeros (47).

(46) Así lo afirma H. DÍEZ GARCÍA, “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429, p. 23, quien llega a esta conclusión tras el análisis de una muestra representativa de resoluciones de segunda instancia. Apunta esta autora que resulta habitual que el juzgador utilice como referencia, e incluso como medio de prueba, el expediente administrativo o judicial que dio origen a la declaración de desamparo.

(47) Dice E. CORRAL GARCÍA, “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, *Aranzadi Civil*, 2003/11, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\1118, p. 5, que aunque el conflicto jurídico se plantea entre el derecho de los padres al reagrupamiento familiar y el interés del menor, pueden estar en juego otros intereses, como los de los acogedores, “en cuanto que el acogimiento da lugar –sobre todo, si la situación teóricamente provisional se alarga indefinidamente– a unos nexos afectivos entre el menor y la familia que se encarga de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y de procurarle una formación integral, de acuerdo con el art. 173.1 del Código Civil”. Por su parte, R. BARBER CÁRCAMO, “La subversión constitucional del acogimiento de menores”,

Precisamente la falta de audiencia de los padres de acogida de los menores, fue lo que motivó la interposición [y estimación] del primer recurso de amparo en la larga serie de peripecias procesales por las que atravesó el caso de los «niños de Dos Hermanas». Dicho recurso se resolvió por STC 124/2002, de 20 de mayo. El JPI n° 7 de Sevilla había desestimado la oposición a la declaración de desamparo, instada por la madre biológica, por Sentencia de 08.09.1998, en la que además acordó constituir el acogimiento familiar preadoptivo de los dos hijos de la reclamante. Elevado recurso de apelación ante la AP de Sevilla, no se dio traslado del mismo a los padres de acogida de los menores. Éstos instaron entonces su personación en la causa, pero les fue denegada por la Audiencia mediante Auto de 05.06.2000, a lo que se añadió la inadmisión del subsiguiente recurso de súplica por Auto de 11.07.2000. Frente a sendos Autos elevaron recurso de amparo los acogedores, considerando que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, al haberles denegado su personación en el proceso *a quo*.

El Tribunal Constitucional, tras exponer su doctrina acerca del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso, así como la recaída en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, llega a la conclusión de que *“en atención a la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los menores, y en atención también al objeto del procedimiento, en el que, en virtud de la acumulación de autos acordada por el Juzgado de Primera Instancia, se ventilaba, no sólo la oposición a la declaración de desamparo, sino también la formalización judicial del acogimiento preadoptivo a favor de los demandantes de amparo, no cabe negar a éstos un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo, (...)”*. En consecuencia, siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propio y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo” (F. J. 6). Adicionalmente, observaba el Tribunal Constitucional que, tal y como había señalado el Ministerio Fiscal, ese derecho de

Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 17/2002, en Aranzadi-Westlaw BIB 2002\2169, p. 14, si bien admite que “la relación convivencial establecida entre los acogedores y los menores será fuente de afectos entre ellos, más intensos cuanto más se prolongue”, es de la opinión de que “tales intereses afectivos no pueden confundirse con el interés legítimo que justifica la personación en un procedimiento”.

audiencia de los acogedores en el procedimiento de constitución de cualquier clase de acogimiento aparece plasmado en el art. 1828 LEC/1881 (48).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional no encuentra razones para que, en este caso particular, se sacrificara el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, o al menos ninguno de los motivos aducidos por la Audiencia para denegar la personación de los acogedores podía estimarse que obedeciera a razonables finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos. Por todo ello decide estimar el recurso de amparo y declara nulos los Autos de la AP Sevilla de 05.06.2000 y 11.07.2000, incluida la ulterior Sentencia de 12.06.2000 (estimatoria de la oposición al desamparo que había instado la madre biológica), ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse el Auto de 05.06.2000, al objeto de que la Audiencia dicte una nueva resolución en relación con la solicitud de personación de los demandantes de amparo respetuosa con su derecho a la tutela judicial efectiva, manteniéndose por lo demás la situación en que los menores se encontraban cuando los demandantes de amparo presentaron su escrito de solicitud de personación en el procedimiento, para evitar el perjuicio derivado de los posibles cambios no definitivos en dicha situación (49).

Esta última consideración revela cómo el Tribunal Constitucional es perfectamente consciente de que, a causa de la

(48) R. BARBER CÁRCAMO, "La subversión constitucional del acogimiento de menores", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 17/2002, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2002\2169, disiente de lo decidido por el TC a este respecto. Primero, porque en su opinión el recurso de amparo ni siquiera debería haber sido admitido, ya que contra la inadmisión a trámite del recurso de súplica de los acogedores, éstos podían haber interpuesto un recurso de casación (pp. 6-7). Segundo, porque del dato de que el art. 1828 LEC/1881 exigiera recabar el consentimiento de los acogedores para formalizar un acogimiento, no se colegía que fuera preceptivo darles audiencia en el trámite de constitución judicial del acogimiento. A su modo de ver, por tanto, la Audiencia de Sevilla no habría conculcado ninguna norma procesal cuando rechazó la personación de los acogedores en el recurso de apelación (pp. 7-11).

(49) Para R. BARBER CÁRCAMO, "La subversión constitucional del acogimiento de menores", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 17/2002, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2002\2169, pp. 15-16, el TC habría incurrido aquí en una magnificación del derecho a la tutela judicial efectiva de los acogedores, a costa de sacrificar injustificadamente el derecho a la tutela judicial de la progenitora de los niños, en su vertiente del derecho a la ejecución.

extensión en el tiempo del procedimiento, no es seguro que el tribunal de apelación, tras la pertinente audiencia de los acogedores, vaya a dictar un nuevo fallo por el que se ordene el retorno de los menores con su madre biológica, de ahí que tome la precaución de ordenar que, por el momento, los menores se mantengan en la situación inmediatamente anterior a dictarse el auto de 05.06.2000, pues cualquier cambio con respecto a ella podría no ser definitivo, y por ende podría ser a la larga más perjudicial para los menores. El Tribunal Constitucional no se equivocaba porque, en efecto, la AP Sevilla dictó una nueva Sentencia, de 26.12.2002, en la que acordó que, si bien los menores debían quedar bajo la guarda y custodia de la madre biológica, dicho pronunciamiento era de imposible ejecución, por lo que declinaba disponer el retorno de los niños con ella, ordenando a cambio la iniciación del expediente de determinación de indemnización sustitutoria con arreglo al art. 18.2 LOPJ. Más adelante retomaremos el caso a partir de este punto.

La conclusión que cabe extraer por el momento, es que las entidades públicas deben ser especialmente cautelosas cuando, como consecuencia de la oposición al acogimiento por los padres o tutor del menor, hayan de acordar el acogimiento familiar de éste en régimen provisional. Se trata de una figura que debería reservarse sólo para aquellos casos en que sea perfectamente nítido el carácter irreversible, o difícilmente reversible, de la situación de desamparo del menor, al tiempo que se aprecien razones especiales que hagan inapropiado mantener al menor en un régimen de acogimiento residencial, modalidad ésta que por definición no es susceptible de suscitar el nacimiento de una relación de afectividad entre el menor y unos padres de acogida, y que no redunde en un desgaste tan intenso de los lazos afectivos del menor con su familia de origen (50).

(50) Vid. H. DÍEZ GARCÍA, "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, pp. 195-196. En palabras de esta autora, "no conviene obviar las nefastas consecuencias que para el bienestar del menor se pueden generar con un indiscriminado recurso a esta fórmula [acogimiento familiar provisional], ya que si bien permite una inmediata integración en una familia eludiendo su internamiento en un centro asistencial, genera, por eso mismo, un posible alejamiento definitivo de su ámbito originario que puede llegar a hacer inviable una eventual reagrupación familiar".

V. SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN SUS PROPIOS TÉRMINOS Y LA IMPOSIBILIDAD DE LLEVARLA A CABO

1. *El factor temporal*

Puesto el Juez ante la tesitura de decidir sobre la oposición a la declaración de desamparo, o sobre la oposición al acogimiento, puede sin embargo encontrarse con que, para cuando deba resolver el caso, el menor se halle desde hace meses bajo un régimen de acogimiento familiar provisional. Como decíamos más arriba, esta situación tenderá a pesar en el ánimo del Juez, quien sólo si aprecia razones muy fundadas, aceptará revertir la situación de hecho creada por la entidad pública. La situación es aún más acusada cuando, habiendo fallado el juez de primera instancia a favor de la medida acordada por la Administración (por ejemplo, no estimando la oposición al desamparo, o dando pie al acogimiento, con carácter por tanto no ya provisional), sea el tribunal de apelación el que, tras el correspondiente recurso, tenga que resolver sobre la cuestión. En ese trance, podría ser aún más inconveniente llevar a cabo la ejecución de una hipotética resolución que ordenara revertir la situación.

Tenemos ejemplos que muestran cómo, en efecto, el factor tiempo puede incidir en las decisiones judiciales posteriores, si no a la hora de dictarlas sí a la hora de ejecutarlas. La agilidad de la entidad pública para constituir un acogimiento familiar provisional, unida a las dilaciones propias de un procedimiento judicial con fallos en ambas instancias, trae consigo la paradójica consecuencia de que, aunque el tribunal de apelación aprecie que el desamparo nunca debió ser declarado, o que debió ser dejado sin efecto ante nuevas circunstancias, la inserción afectiva del menor en su familia de acogida haga inadecuado someterle a un segundo desarraigo para que retorne con su familia de origen (51).

(51) Dice E. CORRAL GARCÍA, "El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia", *Aranzadi Civil*, 2003/11, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\1118, p. 1, que en estos casos, aun "reconociéndose que los padres tienen derecho a que sus hijos vuelvan con ellos" finalmente esto no se produce, "ya que el paso del tiempo –provocado por la actitud de la entidad administrativa y la lentitud de los órganos judiciales en resolver el conflicto– provoca que lo mejor para los intereses de los menores (...) sea que éstos permanezcan con la familia que los ha acogido".

Uno de los casos más conocidos es el de la «niña de Benamaurel», que fue retirada de la guarda y custodia de sus padres [adoptivos] por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía en enero de 1993, por entender que se hallaba en situación de desamparo. La menor alternó a partir de ahí, y durante los tres años siguientes, etapas de acogimiento residencial y de acogimiento familiar. La madre de la menor, que se había opuesto a la declaración de desamparo, obtuvo una resolución estimatoria de su pretensión tanto en primera instancia (junio 1994) como en apelación (abril 1995), pidiendo entonces que este último fallo, que ordenaba la reinserción de la niña con su familia de origen, se ejecutara. El Juez de instancia requirió entonces reiteradamente a la Junta de Andalucía para que ésta diera cumplimiento a la ejecutoria. Sin embargo, la Administración sólo propició un encuentro de la menor con sus padres, del cual informó que había sido traumático para la menor, pidiendo acto seguido la suspensión del proceso de retorno a la familia de origen. Los informes psicológicos aportados y la exploración de la menor por el propio Juez dieron motivo a que éste dictara un nuevo Auto (marzo 1997) por el que declaraba imposible ejecutar en sus propios términos el Auto anterior, acordando ejecutar el fallo por equivalente, mediante indemnización económica a cargo de la Junta. Impugnado por la Junta y por la madre ese segundo Auto, la AP Sevilla resolvió en septiembre de 1998 revocándolo y ordenando que se ejecutara el Auto de junio de 1994, que la propia Audiencia ya había confirmado. En noviembre de 1998 el Juez de instancia vuelve a solicitar a la Administración que deje sin efecto el acogimiento familiar acordado y proceda a la reinserción de la menor con sus padres, aunque poco después revoca su decisión al oír a la menor en una comparecencia promovida por los padres de acogida. En enero de 1999 el Juez dicta nuevo Auto en el que estima que, apreciando circunstancias sobrevenidas, sería gravemente pernicioso para la menor y contraproducente para su integridad psíquica el retorno con su familia de origen. Dicho Auto fue de nuevo revocado por la AP Sevilla (febrero 2000), la cual ordenó al Juez que se atuviera a la anterior resolución revocatoria de septiembre de 1998 y la cumpliera. Los acogedores de la niña solicitaron entonces que la Audiencia dejase en suspenso su decisión hasta tanto resolviera el Tribunal Constitucional, al que iban a recurrir en amparo, pero la Audiencia denegó su personación en la causa. Sin embargo, el Juzgado sí acordó suspender la ejecución del Auto del tribunal de

apelación de febrero de 2000 hasta tanto el Tribunal Constitucional resolviera el recurso de amparo planteado. Como puede verse, son siete largos años de contienda judicial en los que el propio estado de cosas generado a raíz de una declaración de desamparo y posterior acogimiento familiar, tiene la virtualidad de impedir la posterior ejecución de los autos que, habiendo apreciado improcedente la declaración de desamparo, ordenaban el retorno de la menor con su familia de origen.

La STC 221/2002, de 25 de noviembre, resolvió el recurso de amparo promovido por los padres de acogida y por el Ministerio Fiscal en el caso que acabo de relatar. Aparte de resolver algunas cuestiones de índole puramente procesal, como la admisión de legitimación para interponer el recurso de amparo de los guardadores de la menor, a pesar de no haber sido parte en el procedimiento judicial de origen, el Tribunal entra a valorar si en efecto, el Auto de la AP Sevilla de febrero de 2000 podría haber vulnerado el derecho a la integridad moral de la menor (art. 15 CE) en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Se aducía también por los recurrentes la posible vulneración de diversos derechos que consagra el art. 24 CE: el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, el derecho al juez imparcial y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Dice la Sentencia que “[e]n el presente caso la Audiencia Provincial revocó la decisión que adoptó el Juez de Primera Instancia con el fin de evitar daños psicológicos a la menor sin valorar el riesgo apreciado por el Juez, pues negó la existencia de nuevas circunstancias acaecidas con posterioridad a su resolución anterior, no por considerar que no se había producido el cambio de circunstancias invocadas, sino por entender que dichas circunstancias ya habían sido valoradas en otro Auto dictado anteriormente por ella que el Juez se niega a ejecutar” (F. J. 4). Es decir, “la Audiencia Provincial rechaza la existencia de un peligro actual fundando su decisión en que ese peligro no existió en el pasado, sin ni siquiera entrar a verificar si en el momento en que se pronuncia se ha producido una situación de riesgo para la salud psíquica de la menor”. En opinión del TC, “[T]al forma de razonar supone incurrir en una quiebra lógica, ya que no resulta coherente afirmar que no se ha producido el cambio de circunstancias respecto de una situación anterior alegando que en el pasado ya se examinaron dichas circunstancias, pues, precisamente, lo que se solicita del órgano judicial es que compruebe si en el momento en el que ha de pronunciarse, y con independencia de lo que hubiera podido resolver en el pasado, se ha producido un cambio de circunstancias que determine que el retorno de la menor con su familia adoptiva pueda

ocasionarle daños psicológicos” (52), y en consecuencia aprecia que esa forma de razonar de la Audiencia vulnera el derecho que consagra el art. 24.1 CE por no ser su fundamentación “respetuosa de las exigencias constitucionales de motivación, por la insuficiencia de la argumentación que la sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la salvaguarda del derecho fundamental de la menor a la integridad moral (art. 15 CE)” (F. J. 4) (53).

Por consiguiente, las circunstancias sobrevenidas pueden determinar la inoportunidad de conceder el retorno de la menor con su familia de origen, por mucho que se haya constatado que el desamparo nunca debió haber sido declarado. Dicho de otro modo, el desarraigo causado a la menor con respecto a su familia de origen, a causa de una decisión administrativa que carecía de fundamento, se erige a la postre en la razón por la cual no procede ya enmendar la situación de hecho a la que ha dado pie esa infundada decisión administrativa. A condición de que transcurran los años suficientes desde que se produjo el desamparo, averiguar si éste fue correcta o incorrectamente promovido pasa prácticamente a un segundo plano, erigiéndose en factor clave la preservación de la integridad psíquica del menor a la vista del estado de cosas presente (54).

Lo expresa bien la STC 71/2004, de 19 de abril, dictada también en el marco de un recurso de amparo interpuesto por los padres de acogida de una menor frente al Auto que ordenaba un retorno progresivo de la niña con su madre biológica al constatar que nunca se habían dado las circunstancias para declarar a la menor en situación de desamparo y constituir respecto de ella un acogimiento

(52) Recuérdese que la familia adoptiva a la que se refiere la Sentencia, es la familia de origen, pues se daba la circunstancia de que los progenitores de la «niña de Benamaurel» eran a su vez padres de adopción.

(53) A ello añade finalmente que, tratándose de un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para ser oída, la Audiencia “debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE” (F. J. 5).

(54) A. CARRASCO PERERA, “Desamparados”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 583 (Tribuna), en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\835, nos da una visión acerada de esta realidad. Según sus palabras, “los estudios revelan que los padres biológicos nunca salen del estado negativo de marginación y miseria que provocó la situación de desamparo. Y, si por acaso salen adelante, tampoco recuperarán a sus criaturas, pues los psicólogos y los jueces y las familias de acogida se encargarán de consagrar como «supremo interés del niño» que quede en las manos de su actual poseedor”.

preadoptivo. Haciéndose eco de lo que decía la resolución impugnada (AAP Sevilla de 31.10.2002), a pesar de que en su fallo terminaría por anularla, observaba: *“en los procesos de la índole del presente, el transcurso del tiempo tiene una importancia absolutamente trascendental, pues con relativa facilidad ese mero transcurrir temporal puede hacer irreversibles determinadas situaciones fácticas que jurídicamente se pretendieron evitar cuando quizá era aún posible o, al menos, cuando había más probabilidades para ello”* (F. J. 5). En el caso concreto, entre la resolución de primera instancia y la revocatoria del tribunal de apelación había transcurrido más de un año y medio. A partir de ese dato, el Tribunal Constitucional observa que si bien *“en procesos que tengan otro tipo de objeto, más estático, ese transcurso temporal no tendría excesiva repercusión o, con bastante probabilidad, los perjuicios causados por una demora de tal entidad pudieran ser compensados de uno u otro modo. Sin embargo, en el muy peculiar proceso del que trae causa la solicitud de amparo que se nos presenta, que tiene por objeto la determinación del que vaya a ser el núcleo familiar de una menor, pretendida por su madre biológica frente a quienes han sido durante varios años sus acogedores, el transcurso de tal lapso de tiempo ha podido tener una importancia trascendental”* (F. J. 6).

Otro caso relativamente similar es precisamente el de los «niños de Dos Hermanas». El asunto se remontaba aquí a noviembre de 1996, cuando fue declarado el desamparo de sendos hermanos por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, acordándose su ingreso en un centro de acogida. Dicho desamparo fue ratificado en junio de 1997, mediante resolución administrativa que simultáneamente acordaba un acogimiento familiar preadoptivo. El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, por Sentencia de 08.09.1998, desestimó la oposición a la declaración de desamparo que había sido instada por la madre biológica, a la par que ratificó la constitución del acogimiento antedicho. Dicha Sentencia fue recurrida ante la AP Sevilla, pero sin que se diera traslado del recurso a los acogedores. Como ya sabemos, éstos dirigieron escrito de personación en la causa al tribunal de apelación, pero éste desestimó su pretensión por Auto de 05.06.2000, para pocos días más tarde dictar la Sentencia (SAP Sevilla 12.06.2000) por la que, estimando la oposición instada por la madre biológica, declaró inexistente la situación legal de desamparo y dejó sin efecto el acogimiento preadoptivo, ordenando la devolución de los dos menores bajo la guarda y custodia de la madre biológica, y la recuperación por ésta de la patria potestad. Es entonces cuando los padres de acogida elevan recurso de amparo al considerar que el Auto

de 05.06.2000 [también otro posterior de 11.07.2000, por el que se inadmitió a trámite el recurso de súplica interpuesto contra el anterior] vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva. Como hemos tenido ocasión de ver, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de 05.06.2000, y anulando por añadidura la SAP Sevilla 12.06.2000.

Retornado el asunto a la AP Sevilla, ésta volvió a dictar Sentencia el 26.12.2002, que de nuevo fue revocatoria de la del Juzgado de 08.09.1998, frente a la que en suma se elevaba el recurso de apelación. En esta nueva Sentencia, la Audiencia declaró otra vez que nunca se habían dado las condiciones para declarar el desamparo, y acordó que los menores debían quedar bajo la guarda y custodia de la madre biológica, sin embargo, advirtiendo *motu proprio* la imposibilidad de ejecutar este pronunciamiento, ordenó que se iniciara el expediente de determinación de indemnización sustitutoria con arreglo al art. 18.2 LOPJ. Interesa transcribir literalmente el fallo de esta Sentencia:

“Fallamos:

1º Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por la procuradora Sra. P. G. frente al proveído de esta Sala de fecha 17 de julio del corriente.

2º Estimar el recurso de apelación deducido por la representación procesal de Carmen F. F. frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) núm. 7 de Sevilla de fecha 8 de septiembre de 1998 recaída en autos núm. 408-1997, la que revocamos y dejamos sin efecto.

3º Declaramos que no ha existido situación legal de desamparo respecto de sus hijos menores S. e I. S. F., por lo que dejamos sin efecto la declaración hecha al respecto, y denegamos asimismo el acogimiento preadoptivo interesado.

4º Acordamos que, en consecuencia, los menores referidos vuelvan a convivir con su indicada madre bajo cuya guarda y custodia quedarán.

5º Declaramos la imposibilidad de ejecución de lo aquí resuelto en el punto cuarto de este fallo.

6° Acordamos que por parte del Juzgado del que proceden estas actuaciones y al que corresponde su ejecución, se incoe incidente para la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la recurrente por la imposibilidad de la ejecución señalada.

7° No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada”.

Llegamos pues de nuevo a un punto de no retorno, con la diferencia de que en este caso es el propio órgano juzgador en sede de apelación el que automáticamente aprecia la imposibilidad de ejecución del mandato de reintegración de los menores con su madre biológica. Cabe pensar que la Audiencia Provincial de Sevilla, aleccionada por el caso anterior («niña de Benamaurel»), quería evitar el riesgo de que se produjese un nuevo recurso de amparo sobre la base de haberse vulnerado la integridad psíquica de los menores, riesgo que había muchas probabilidades de que se concretara si se limitaba a dictar el cuarto pronunciamiento de su fallo. Anticipándose pues a esa eventualidad, y haciéndose cargo de que eran las circunstancias actuales las que debían tenerse presentes para acordar lo más adecuado al interés de los menores –con independencia de que las circunstancias pasadas no hubieran autorizado a declarar el desamparo ni a acordar el acogimiento–, aprecia ya en el propio fallo la imposibilidad de llevar a la práctica el retorno de los niños con su madre biológica.

A nadie escapa lo insólito de que sea el propio tribunal quien establezca en el pronunciamiento número cinco de su fallo que el pronunciamiento número cuatro de ese mismo fallo resulta de imposible ejecución. Para empezar, porque no es el tribunal de apelación el competente para la ejecución de la resolución dictada, como por cierto la propia Audiencia apunta en el pronunciamiento sexto del fallo, de manera que la eventual imposibilidad de ejecutar lo juzgado debería haber sido valorada por el órgano de instancia. Por otro lado, es contradictorio que apreciando *ex ante* la imposibilidad de ejecución de un pronunciamiento, pese a todo el tribunal se decante por dictarlo. Si el pronunciamiento, como creía la Audiencia, era realmente de imposible ejecución, se debía a la presencia de factores –posible lesión para la integridad psíquica de los menores en caso de que se alteraran las circunstancias en que actualmente se encontraban– que quizás habrían debido conducir a desestimar la pretensión esgrimida por la progenitora. Es probable que el tribunal considerase

que el interés de ésta quedaría mejor salvaguardado si ordenaba que los menores retornasen a su lado a la vez que, apreciando la imposibilidad de ejecución de ese mandato, acordaba incoar el incidente para la determinación de una indemnización sustitutoria. Sin embargo, al hacerlo así, además de invadir las competencias del órgano encargado de la ejecución, estaba incurriendo en una evidente contradicción lógica con virtualidad para afectar a la validez misma de su resolución. En mi opinión, lo fallado por la AP Sevilla en su Sentencia de 26.12.2002, es un curioso ejemplo de cómo un órgano judicial puede *juzgar* al tiempo que *no hacer ejecutar [parte de] lo juzgado*, lo que representa una clara antítesis de lo preceptuado por los arts. 117.3 CE y 2º.1 LOPJ. Me inclino a pensar que la Audiencia de Sevilla tenía a su alcance otras opciones menos heterodoxas.

2. La imposibilidad de ejecución no aboca a la inejecución.

La ejecución de las sentencias en sus propios términos es, sin duda, el punto de arranque necesario en todo proceso de ejecución. Así lo recalca el inciso inicial del art. 18.1 LOPJ, que literalmente dice: “[L]as sentencias se ejecutarán en sus propios términos”. Se parte pues de que el sujeto favorecido por la sentencia de condena pueda obtener, como consecuencia del proceso de ejecución, todo aquello a lo que fue condenada la otra parte y pueda además obtenerlo en su misma especie, ya se trate de entregar una cosa, consistente o no en una suma dineraria, o de cumplir una prestación de hacer o de no hacer (55).

A propósito de este principio, la jurisprudencia constitucional nos enseña que “*el derecho a la ejecución de las sentencias «en sus propios términos» forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [SSTC 148/1989, 152/1990]. Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena*” (vid. STC 219/1994, de 18 de julio, F. J. 2). Esta misma STC 219/1994 añade que “*el derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o*

(55) Parafraseando a J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson-Cívitas, 2ª ed., 2007, vol. I, p. 66.

cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye, junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. (...)" (F. J. 3).

La ejecución de las sentencias en sus propios términos tiene como presupuesto lógico el de la intangibilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, aspecto sobre el que igualmente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, entre otras la STC 1/1997, de 13 de enero, en la que se razona lo siguiente: *"la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea el mismo que dictó la sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994). Ello significa entonces que tal derecho tiene como presupuesto lógico y aun constitucional, la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (STC 135/1994), (...)"* (F. J. 3).

Ahora bien, la efectiva aplicación del derecho a la ejecución en sus propios términos no se traduce en que el juez de la ejecución se guíe por un criterio interpretativo literal de lo fallado, sino que, antes bien, debe prevalecer una interpretación teleológica o finalista de lo juzgado (56), debiendo agotar el órgano encargado de la ejecución todas las posibilidades que ofrezca la resolución de cuya ejecución se trate, con apoyo en la fundamentación que sirva de soporte al fallo, e incluso tomando en consideración las consecuencias del mismo que puedan considerarse inherentes a la *causa petendi* situada en el sustrato de la litis. Lo destaca la STC 148/1989, de 21 de septiembre, conforme a la cual, *"el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio pro actione, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que, aunque no pasan literalmente al fallo, como es lógico, si constituyen base para*

(56) Vid. J. M. BERMÚDEZ REQUENA, "Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles", *Diario La Ley*, nº 5967 (13 junio 2008), sub I.

su admisión o rechazo por el juzgador y, por ello, fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes. Lo cual, es obvio, no supone que se puedan ampliar en fase de ejecución de Sentencias los términos del debate o hacerse otras pretensiones distintas, ampliando indebidamente el contenido de la ejecución, cosa que la ley ordinaria ya prohíbe (...). Simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la Sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (art. 3 C. C.) y en armonía con el todo que constituye la Sentencia” (F. J. 4).

Por otro lado, la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede toparse con factores que obstaculicen la realización efectiva del fallo. Se habla en esos casos de imposibilidad de la ejecución. El art. 18.2 LOPJ señala al respecto que “[S]i la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que la ejecución por equivalente o por sustitución satisface las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo considerarse que dicha ejecución no deja de ser una ejecución “en sus propios términos”, siempre que haya razones atendibles para que la condena se sustituya por una prestación o indemnización sustitutoria. Así, en la STC 205/1987, de 21 de diciembre, con cita de las SSTC 58/1983 y 69/1983, se recuerda cómo “este Tribunal ha venido considerando también como cumplimiento «en sus propios términos» el cumplimiento por equivalente cuando así venga establecido por la Ley «por razones atendibles», que permitan sustituir por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación lo estatuido en el fallo, no susceptible de ejecución específica” (F. J. 3).

La clave, para el Tribunal Constitucional, es que la alteración en el contenido de lo ejecutado obedezca a una causa que esté prevista en la Ley, en virtud de la cual el juez o tribunal pueda establecer la imposibilidad legal o material de ejecución. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la doctrina que emana de la STC 153/1992, de 19 de octubre, conforme a la cual “ese derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias

condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en meras declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una Sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento” (F. J. 4).

En suma, puede haber motivos atendibles que aboquen a que la ejecución de una resolución judicial no se lleve a efecto con arreglo a la literalidad de lo fallado. Sin embargo, eso no significa que el juez encargado de la ejecución deba desistir de lograr la efectividad de la misma, lo que se logrará a través de un medio de ejecución sustitutivo, normalmente un equivalente pecuniario. Esta sustitución permite cumplir el mandato de ejecución de las sentencias en sus propios términos sin sacrificar el derecho a la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, como también tiene dicho el Tribunal Constitucional, *“corresponde en principio al órgano judicial competente, a petición de parte, deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos” (STC 148/1989, F. J. 3)*, doctrina que se reitera en otras muchas sentencias, como la STC 1/1998, de 12 de enero, conforme a la cual *“corresponde al órgano judicial tanto la interpretación de los preceptos legales que eventualmente prevean la sustitución mencionada [de la condena original por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación] como la determinación y ponderación de las circunstancias y razones atendibles que puedan justificarla (SSTC 33/1987, 194/1991, 61/1992 y AATC 393/1984, 700/1984), tareas estas que, con independencia del acierto con que se lleven a cabo en términos de legalidad ordinaria, no pueden ser revisadas en amparo, salvo que la decisión de los órganos judiciales exceda de aquellos términos y alcance a vulnerar derechos fundamentales” (F. J. 3).*

De ahí que resulte importante determinar cuál es el órgano judicial competente para ordenar la ejecución, puesto que será también a él a quien competa apreciar, llegado el caso, la imposibilidad de ejecución en sus propios términos de la sentencia y la necesidad de imponer una ejecución por el equivalente pecuniario u otro tipo de prestación sustitutiva. Asimismo, importa saber cuál es el momento en el que ese órgano podrá concluir la necesidad de dicha sustitución, y si para ello es necesario que actúe a instancia de la parte interesada.

3. ¿QUIÉN, CUÁNDO Y CÓMO DEBE APRECIAR LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN?

La ejecución de las sentencias se articula en el proceso civil a través de una acción específica, como es la acción ejecutiva, en su variante de ejecución de títulos judiciales (art. 517 LEC), la cual se encauzará por los trámites a los que se consagra el Libro III de la LEC. El procedimiento se iniciará a petición de parte, mediante demanda (art. 549 LEC), siendo competente para conocer de la ejecución de las resoluciones judiciales el tribunal que conoció del asunto en primera instancia (art. 545.1 LEC) (57). En el propio caso de los «niños de Dos Hermanas», la madre biológica, tras el fallo dictado por la AP de Sevilla el 26.12.2002, instó demanda ejecutiva para solicitar la indemnización por sustitución. De dicha demanda ejecutiva dimana precisamente el conflicto que finalmente desembocó en el recurso de amparo que dio origen a la STC 11/2008, de 21 de enero.

Por consiguiente, la eventual imposibilidad de llevar a efecto la ejecución en sus propios términos de la sentencia de que se trate, será cuestión a ventilar ante el órgano competente para conocer de la ejecución, y será durante la fase de ejecución cuando aflorarán, en su caso, los factores determinantes de dicha imposibilidad (58).

(57) La ejecución se inicia de oficio en el ámbito penal, como es lógico (vid. arts. 988, 983 y 794 LECrim). En el orden administrativo se adopta un sistema mixto en el que, tras dar opción a una ejecución espontánea por parte del órgano que hubiera realizado la actividad objeto de recurso, cabe que las partes interesadas y personas afectadas insten la ejecución forzosa de la sentencia (vid. art. 104 LJCA). En el orden social, la ejecución puede iniciarse bien a instancia de parte, bien de oficio, ocurriendo esto segundo en aquellos procedimientos que también se hubieran iniciado de oficio (vid. art. 237 LPL). Por lo que se refiere a la atribución al juez de primera o única instancia de la competencia para conocer de la ejecución de las resoluciones judiciales, es una constante en casi todos los órdenes jurisdiccionales, a excepción del penal (art. 985 LECrim), aunque también aquí se aplica para los juicios de faltas (art. 984 LECrim). Para el orden contencioso-administrativo, véase el art. 103.1 LJCA, y para el orden social el art. 235.2 LPL.

(58) Como dice J. M. BERMÚDEZ REQUENA, "Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles", *Diario La Ley*, nº 5967 (13 junio 2008), sub II.4.b, "el momento procesal oportuno [para que una ejecución *in natura* se convierta en ejecución del *id quod interest*], por tanto, queda circunscrito a la fase de ejecución, y una vez constatada la imposibilidad, natural o jurídica, de cumplir con su prestación por el ejecutado; por lo que podrá manifestarse la imposibilidad de ejecución específica, y su consecuente sustitución por el equivalente pecuniario, bien en la demanda ejecutiva si ya se conoce aquel extremo, o bien con posterioridad al requerimiento de pago del artículo 699 LEC y concordantes".

En el ámbito civil los supuestos de ejecución a través de una indemnización sustitutoria se relacionan, como parece lógico, con la llamada ejecución no dineraria, puesto que, por definición, la ejecución dineraria no puede dar lugar a problemas de imposibilidad; máxime cuando el ordenamiento prevé que se pueda ordenar el embargo de los bienes del ejecutado (arts. 584 y ss. LEC), incluida la realización por vía de apremio de aquéllos que no consistieren en dinero efectivo u otros de análoga naturaleza (arts. 634 y ss. LEC) (59).

El punto de arranque en la ejecución no dineraria es el del cumplimiento del título ejecutivo en sus propios términos (art. 699 LEC), para pasar al equivalente pecuniario de la prestación no dineraria cuando se hayan agotado las posibilidades de ejecución *in natura* (vid. art. 712 LEC), lo que deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 701 a 711 LEC, dependiendo del contenido de la condena. Así, si la condena consistiere en la entrega de cosa mueble determinada, y los apremios puestos en marcha por el juez para lograr poner al ejecutante en la posesión de la cosa –incluida la entrada en lugares cerrados, con auxilio de la fuerza pública si fuera preciso– fueran infructuosos, el art. 701.3 LEC prevé que la falta de entrega de la cosa debida se sustituya por una justa compensación económica, la cual se establecerá con arreglo a los arts. 712 y ss. LEC. Si la condena fuera a la entrega de cosas genéricas, el ejecutante puede pedir que se ordene la entrega de las cosas debidas si un número suficiente de las mismas están en poder del ejecutado. No obstante, si lo prefiere, puede pedir que se le faculte para adquirir él las cosas a costa del ejecutado, junto al embargo de bienes bastantes de éste para pagar la adquisición. Subsidiariamente, si el ejecutante manifiesta que esa adquisición tardía de las cosas genéricas ya no satisfará su interés, puede pedir condena por el equivalente pecuniario, más daños y perjuicios causados (art. 702 LEC). Con carácter menos subsidiario, en el caso de condenas a una prestación de hacer no personalísima, el art. 706.1 LEC dispone que, si el ejecutado no la llevara a cabo en el plazo

(59) Cuestión distinta es que la ejecución dineraria pueda verse frustrada por la inexistencia absoluta de bienes presentes en el patrimonio del ejecutado, lo cual no determina que esa frustración sea irreversible, si el ejecutado viene a mejor fortuna, ni desde luego que devenga por ello imposible. Desaparecida la antigua prisión por deudas, no es posible imaginar la conversión o sustitución de la condena a entregar una suma de dinero por una prestación personal a cargo del ejecutado. En el ámbito penal, por contraste, recuérdese que el incumplimiento de la pena de multa, conduce a activar una responsabilidad personal subsidiaria en forma de pena privativa de libertad (vid. art. 53 CP).

marcado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarla hacer a un tercero a costa del ejecutado, o bien reclamar directamente el resarcimiento de daños y perjuicios, procediendo para su cuantificación conforme a lo previsto en los arts. 712 y ss. LEC. En los casos de condenas de hacer personalísimas, el ejecutante puede también optar entre intentar una tutela en especie, apremiando al ejecutado mediante un sistema de multas coercitivas, o solicitar la entrega de un equivalente pecuniario de la prestación (art. 709 LEC). El apremio mediante multas coercitivas se podrá prolongar por espacio de un año, pasado el cual si el ejecutado siguiese rehusando cumplir, la ejecución proseguirá para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario (60).

Quiere esto decir que el ejecutante deberá intentar, en principio, la ejecución *in natura* de la condena, siquiera sea porque siempre habrá de concederse al ejecutado el plazo de cumplimiento *in extremis* al que se refiere el art. 699 LEC. Después, dependiendo del tipo de prestación, es posible que la ejecución por equivalente se sitúe como remedio subsidiario o como remedio alternativo de la ejecución en especie del fallo. Será el ejecutante quien dará paso a la ejecución por equivalente, ante la constatación de que el ejecutado no cumple, o de que es imposible que cumpla en especie, o de que ya no resultaría idóneo para el interés de aquél un cumplimiento tardío de la prestación. Tal y como la LEC lo diseña, y como resulta conforme con los principios dispositivo y de rogación que presiden el proceso civil (61), el juez de la ejecución

(60) Esta regla se exceptúa en el art. 776.2ª LEC, relativo a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, en el seno de los procedimientos matrimoniales y de menores, dentro de los procesos especiales que regula la LEC en su Libro IV. En este ámbito, a pesar del incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática de las multas coercitivas por el equivalente pecuniario, sino que dichas multas podrán mantenerse por el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año que establece el art. 709.3 LEC.

(61) El primero se refleja sobre todo en los arts. 19 a 22 LEC, que contemplan la posibilidad de que las partes renuncien, desistan, se allanen, transijan o sometan a arbitraje el objeto del litigio. También en los arts. 399, 437 y 549 LEC, que condicionan la iniciación del juicio ordinario, verbal y ejecutivo a la presentación de demanda; así como en el art. 218 LEC, que ordena al juzgador mantener en sus sentencias la congruencia con las pretensiones esgrimidas por las partes. El principio de justicia rogada se expresa paradigmáticamente en el art. 216 LEC: "[L]os tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

no tiene un papel impulsor a la hora de decidir si procede o no sustituir la ejecución *in natura* de la condena por una indemnización por el equivalente (62).

Por consiguiente, que un tribunal de apelación, actuando de oficio y apreciándolo en uno de los pronunciamientos del fallo, ordene que la ejecución no se realice *in natura* sino a través de una indemnización sustitutoria –como hizo la AP de Sevilla en su Sentencia de 26.12.2002–, parece agredir los principios que disciplinan la ejecución de las sentencias en el orden civil. No obstante, más allá de cuestiones de índole procesal, suscita dudas el concepto mismo de imposibilidad –que puede dar pie a la ejecución por indemnización sustitutoria–, así como si en el concreto caso de los «niños de Dos Hermanas» cabía apreciar la existencia de una auténtica causa de imposibilidad.

4. El concepto de «imposibilidad»: imposibilidad natural, imposibilidad jurídica e inconveniencia

No es del todo claro a qué se refiere el art. 18.2 LOPJ cuando alude a la «imposibilidad» de la ejecución, dado que esa imposibilidad puede revestir distintas formas. En su nivel más básico puede significar que existe un obstáculo material o físico a la ejecución, una barrera extrajurídica que el órgano judicial no podría franquear aunque quisiera. En la doctrina procesalista se habla de «imposibilidad natural» para referirse a estos casos, puesto que sería la naturaleza de las cosas la que convertiría en físicamente imposible efectuar la ejecución en forma específica (63). Entre los ejemplos clásicos estarían los casos en que la condena se refiere a la entrega de una cosa determinada que ha devenido perdida o destruida, o aquellos en los que, siendo el contenido de la ejecución una prestación de hacer de carácter personalísimo, el ejecutado ha

(62) Según J. M. BERMÚDEZ REQUENA, “Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles”, *Diario La Ley*, nº 5967 (13 junio 2008), sub II.4.a, “(...) no significa que el Tribunal en fase de ejecución ope legis sustituya el pronunciamiento condenatorio por su equivalente pecuniario, puesto que será el ejecutante quien ya en esta fase procesal, ante el incumplimiento del ejecutado, deberá instar tal sustitución, en virtud del principio de justicia rogada”.

(63) Vid. J. M. BERMÚDEZ REQUENA, “Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles”, *Diario La Ley*, nº 5967 (13 junio 2008), sub II.1, con citas de autoridad.

fallecido o ha resultado víctima de una enfermedad impeditiva irreversible (64).

Una segunda dimensión de la imposibilidad sería la legal, la cual se manifestará cuando sea un impedimento jurídico el que obstaculice adoptar determinada medida susceptible de ser dictada en sede de ejecución, bien porque sobrevenidamente se haya producido un cambio normativo, bien porque llevar a efecto lo juzgado en sus propios términos pudiera lesionar el estatus jurídico de un tercero ajeno a la litis, adquirido o consolidado en el ínterin entre el momento de dictarse la sentencia y el momento de su ejecución. Imagínese que la condena consistiera en la obligación de entregar una cosa determinada, la cual hubiese pasado a manos de un tercer adquirente de buena fe de quien no pudiera ser reivindicada. No es que resulte físicamente inviable la obtención de la cosa por parte del juez de la ejecución, puesto que el bien estaría dotado de existencia y sería susceptible de localización, sino que para cumplir en especie con lo ordenado por la sentencia habría que incurrir en una infracción legal (65).

Por último, en una tercera acepción, el concepto de imposibilidad quedaría más bien próximo al de inconveniencia o inidoneidad: no hay causas naturales que se opongan a la ejecución de la condena, ni

(64) En el caso de la STS (Sala 2ª), de 4.12.2007, se trataba sobre la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito contra el medio ambiente por vertidos tóxicos a un río. Las empresas acusadas habían sido condenadas a sanear las riberas y fangos de la parte del río afectada por los vertidos acaecidos en cierto periodo. Al no haber podido determinar los peritos el alcance de los vertidos correspondientes a ese tramo temporal, la Audiencia decidió aplicar de oficio el art. 18.2 LOPJ y señalar una indemnización sustitutoria del fallo. El Tribunal Supremo, desestimando el recurso, confirma la resolución impugnada.

(65) Con todo, la distinción entre imposibilidad material y jurídica no siempre es trazada con nitidez por nuestros tribunales. A modo de ejemplo, puede citarse la SAP Barcelona de 02.06.2005. El ejecutado había sido condenado a elevar a público el contrato privado de compraventa de un inmueble. Habiendo omitido ese comportamiento, la ejecutante solicitó que se verificase de manera forzosa. Aunque se acordó practicar esa formalización de oficio en sustitución del demandado, remitido oficio a la Notaría, ésta comunicó que según la información facilitada por el Registro de la Propiedad la finca ya estaba inscrita a nombre de otro titular, distinto del ejecutado. A la vista de esa circunstancia solicitó ejecutar el fallo por su equivalente pecuniario. La Audiencia, para quien esa transformación del objeto de la ejecución tendría pleno respaldo tanto en el art. 18.2 LOPJ como en los arts. 705 y ss. LEC, observa que “no cabe declarar la improcedencia de la ejecución solicitada porque resulte la imposibilidad *material* de llevarla a cabo en la forma específica a que se refiere el fallo, (...)” [énfasis mío].

tampoco razones jurídicas que impidan llevar a efecto lo juzgado, pero puede ser aconsejable, dadas las circunstancias, buscar una alternativa a la ejecución en especie de la condena, ya que de lo contrario podrían peligrar bienes jurídicos merecedores de protección. Esta tercera forma de entender la imposibilidad tiene algo de cada una de las otras dos, sin alcanzar a reunir por completo los caracteres de ninguna de ellas: no habiendo una causa natural que impida de manera frontal llevar a efecto lo ordenado por la sentencia, sí que se dan unas circunstancias de hecho lo suficientemente alejadas de las existentes al inicio del pleito como para ser tenidas en cuenta en sede de ejecución; y no causando una lesión o vulneración de un derecho adquirido, la ejecución en forma específica puede poner en riesgo algún bien jurídico, o generar mayores probabilidades de que se perjudique el interés legítimo de algún sujeto que si se opta por transformar la condena en su equivalente pecuniario. Es obvio que admitir esta tercera vía de imposibilidad, supone conceder mayor margen de apreciación al juez de la ejecución. Me inclino a pensar, con todo, que esta variante está reflejada en el art. 18.2 LOPJ, pues el precepto alude a los esfuerzos que el Juez deberá hacer para lograr que la condena sea cumplida en sus propios términos en el mayor grado posible, limitándose la indemnización sustitutoria a aquella parte de la condena cuyo cumplimiento *in natura* haya resultado inviable (66); semejante componenda o ajuste posibilista que se reclama al Juez, casaría mal con una imposibilidad que sólo pudiera serlo por causas naturales o legales.

Quizás sea el orden contencioso-administrativo aquél en el que mejor se ha perfilado el concepto de imposibilidad en sede de ejecución de las sentencias (67), lo que seguramente se deba a la peculiar naturaleza de las pretensiones que se dirimen en este ámbito, las cuales, al proyectarse sobre actuaciones de las Administraciones públicas y disposiciones normativas reglamentarias, están inevitablemente llamadas a repercutir sobre los intereses generales (art. 103.1 CE). Este factor, unido a la mayor

(66) En efecto, recuérdese que según este artículo, “[S]i la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento *pleno*” [énfasis míos].

(67) Así lo creen L. VACAS GARCÍA-ALÓS y G. MARTÍN MARTÍN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, ed. Thomson-Aranzadi, 2008, p. 167, quienes al desarrollar el comentario del artículo 18.2 LOPJ se remiten a las previsiones contenidas sobre este particular en la LJCA.

lentitud de los procedimientos contencioso-administrativos, multiplica los casos de imposibilidad de ejecución de las resoluciones judiciales.

El art. 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), tras recordar en su primer apartado que “[N]o podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo” (68), establece en su apartado segundo que “[S]i concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo [de dos meses] previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”. Como puede verse, avanzando un poco más con respecto a lo señalado en el art. 18.2 LOPJ, el art. 105.2 LJCA se refiere de forma expresa a posibles causas de imposibilidad *material o legal*. Como en aquél, sin embargo, se encomienda al Juez para que procure obtener la mayor efectividad posible de la ejecutoria, fijando en su caso una indemnización para cubrir aquella parte del fallo que no pueda ser objeto de ejecución. Interesa subrayar que la norma procesal administrativa sí ha dispuesto un mínimo procedimiento para llevar a cabo la verificación de la supuesta imposibilidad.

A pesar de que, dado el principio general sentado tanto en el art. 18.2 LOPJ como en el art. 105.1 LJCA, la inexecución de las sentencias en sus propios términos constituye una desviación de la regla, y por consiguiente los motivos de imposibilidad de ejecución deben ser objeto de interpretación restrictiva, lo cierto es que la jurisprudencia suele mostrarse generosa a la hora de apreciar la existencia de una

(68) Como dicen E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, tomo II*, 9ª ed., Thomson-Aranzadi, 2004, p. 669, esto representa una radical diferencia con respecto a la anterior LJCA/1956, la cual, acorde con la arcaica concepción de que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas debía estar confiada a la propia Administración, sí preveía la posibilidad de que la Administración, tras la comunicación de la sentencia por parte del órgano judicial, decidiese no ejecutar el fallo, total o parcialmente.

causa de imposibilidad de ejecución, al menos por lo que se refiere a la imposibilidad de tipo material (69). Los casos más habituales son aquéllos en los que, habiéndose combatido el acto administrativo de expropiación de unos terrenos, y tras obtener un pronunciamiento judicial por el que se declara la nulidad de dicho acto, el órgano judicial encargado de la ejecución aprecia una causa de imposibilidad material en el hecho de que tales terrenos hayan sido ya edificados, conforme al uso o finalidad para los que la Administración había acometido la expropiación (70).

Tan es así, que la interpretación más reciente de la jurisprudencia contencioso-administrativa a propósito de las causas de imposibilidad material de ejecución, parece girar hacia consideraciones que tienen que ver con la inconveniencia económica o social del cumplimiento *in natura* del fallo. En este sentido resulta ilustrativa la STS (Sala 3ª), de 11 de marzo de 2008, la cual hace suyos los argumentos adoptados por el tribunal a quo al apreciar la imposibilidad de ejecución en forma específica de una sentencia que anulaba la urgente ocupación de unos terrenos. Esos argumentos incluían la importancia económica de la inversión realizada en los terrenos, así como el incremento de la producción industrial y el aumento del número de personas contratadas en una zona tradicionalmente desfavorecida.

La visión de la imposibilidad material como un concepto lável, que permite ponderar entre alternativas de ejecución más o menos convenientes o idóneas –incluso desde un punto de vista técnico– en función de los intereses en juego, se percibe de modo bastante nítido en la STS (Sala 3ª), de 12 de mayo de 2006. En su Fundamento de Derecho Tercero puede leerse: “(...) aunque la sentencia de cuya ejecución se trate haya ordenado tan solo el derribo de una parte de la edificación –por ser esa parte y no el todo la que contraviene las normas jurídicas infringidas por la licencia a cuyo amparo se levantó–, ello no impide que en ejecución de sentencia pueda optarse por una solución que imponga el derribo total y permita, tras él, levantar la nueva construcción ya acomodada en su totalidad a esas normas. Al contrario, (...) si el derribo total es la solución técnicamente

(69) Así lo observa R. HUESCA BOADILLA, “La inejecución de sentencia por imposibilidad material o legal. La expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme”, p. 4551, disponible en <http://www.cej.justicia.es/secretarios_judiciales/SECJUD04.pdf>.

(70) Vid. R. HUESCA BOADILLA, “La inejecución de sentencia por imposibilidad material o legal. La expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme”, p. 4551, disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD04.pdf>.

necesaria o técnicamente más conveniente para restablecer la legalidad urbanística que la sentencia ordena, por no ser posible o no ser aconsejable el mero derribo parcial, (...), esa solución (...) no supone contradecir los términos del fallo que se ejecuta, ni la necesidad o conveniencia técnica de ella obliga a apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad material de ejecutar dicho fallo”.

Frente a ello, la jurisprudencia contencioso-administrativa es más reacia a apreciar causas de imposibilidad legal. Se trata normalmente de casos en los que, con posterioridad a la actuación administrativa anulada, una modificación normativa habría venido a convalidar dicha actuación. Por ejemplo, cuando una modificación de la planificación urbanística permite legalizar la edificación cuya demolición se ordenó en la sentencia, o cuando la ejecución de la sentencia resulta incompatible con el nuevo planeamiento urbanístico aprobado (71).

Así las cosas, la noción de «imposibilidad» en el art. 18.2 LOPJ, a pesar de que la regla sea la de la ejecución *in natura*, parece admitir una interpretación lo suficientemente amplia como para que el juez de la ejecución sopesa si, a pesar de no darse una causa genuina de imposibilidad natural o jurídica, existen factores que desaconsejan poderosamente llevar a cabo una ejecución de la sentencia en sus propios términos, en función del peligro que esta forma de ejecución podría entrañar para ciertos bienes jurídicos dignos de protección.

Ahora bien, este modo de entender la imposibilidad no deja de ser problemático, sobre todo si es el juez que dicta la sentencia el que aprecia la causa de imposibilidad. Y es que, si el órgano juzgador aprecia *ex ante* lo peligroso que podría resultar para ciertos bienes jurídicos ejecutar en forma específica determinado pronunciamiento, quizás por donde debiera de comenzar es por no estimar la pretensión de que se trate, a fin de salvaguardar precisamente esos mismos bienes jurídicos. De otro modo, la resolución por él dictada presentaría una contradicción de base. Como decía la STC 11/2008, de 21 de enero, a propósito del fallo de la SAP Sevilla de 26.12.2002 –y con esto retornamos al caso de los «niños de Dos Hermanas»–: “(...) resulta singular o complejo un fallo que, resolviendo sobre la situación de convivencia

(71) Son ejemplos que cita R. HUESCA BOADILLA, “La inexecución de sentencia por imposibilidad material o legal. La expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme”, cit., p. 4552, quien cita para ilustrarlos las SSTs 21.3.1988, 22.1.1997, 9.7.1998 y 25.1.1999.

de los menores, acuerda la reintegración de éstos a la guarda y custodia de la actora (la madre biológica) y, sin solución de continuidad, atendiendo precisamente al propio interés de los menores, declara la imposibilidad de la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de su madre” (F. J. 7).

5. *La «imposibilidad» de retorno con su familia de origen del menor acogido tras un desamparo ulteriormente dejado sin efecto: valor que hay que dar a la opinión del propio menor*

Hemos constatado cómo en muchos casos los jueces y tribunales llegan a la conclusión de que ejecutar en sus propios términos una resolución por la que se determine el retorno con su familia de origen del menor en régimen de acogimiento, puede constituir un pronunciamiento de imposible ejecución. En algunos casos es el juez de instancia quien lo constata cuando, en trance de ejecutar lo ordenado por el tribunal superior, se topa con la realidad que ponen ante sus ojos los servicios administrativos de protección de menores. En otras ocasiones, es el propio tribunal de apelación quien se anticipa al fracaso de la ejecución *in natura* y determina, como hemos visto que sucedió en el caso de los «niños de Dos Hermanas», que el pronunciamiento relativo a la reintegración del menor con su familia deba cumplirse mediante el abono de una indemnización sustitutoria.

¿Qué tipo de imposibilidad sería la que impide proceder al retorno del menor acogido con su familia de origen? No parece que encaje en la noción de imposibilidad material o por causas naturales, puesto que tanto el menor como su familia originaria continúan existiendo y sería físicamente practicable que aquél dejara de estar bajo la guarda de sus acogedores para volver a la compañía de sus padres biológicos. Tampoco se aprecia una imposibilidad de índole jurídica, dado que la reintegración del menor con su familia de origen no conculcaría una norma, ni invadiría un derecho ajeno, antes bien supondría armonizar la situación fáctica con el orden jurídico decidido por la sentencia, conforme al cual el desamparo no debió declararse, o bien el acogimiento no debió haberse constituido. Todo apunta a que la imposibilidad de la que se habla en este contexto se corresponde con lo que he venido llamando *inconveniencia* o *inidoneidad*, la cual vendría dada por el riesgo que el retorno del menor con su familia de procedencia podría suponer para la integridad psíquica o moral de

aquél. Así cabe desprenderlo de algunas de las resoluciones del Tribunal Constitucional que han recaído sobre la materia, y a las cuales me he referido ya a otros efectos.

En primer lugar, la Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, recaída en el caso de la «niña de Benamaurel», en la que el Tribunal Constitucional, tras establecer que *“no entra en la esfera de nuestras competencias el pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su familia (...) puede o no causarle los daños psíquicos alegados”*, afirma su competencia para *“verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de revocar el Auto que dictó el Juzgado de Primera Instancia como consecuencia de la petición de auxilio formulada con el fin de evitar el posible daño psíquico que podía ocasionar a la menor el retorno con su familia adoptiva se ha justificado debidamente en orden a salvaguardar la integridad moral de aquélla”*. Y a los efectos que ahora nos interesan, recuerda que *“para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE aducida no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido SSTC 35/1996, de 11 de marzo, F. 1; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 2; 5/2002, de 14 de enero, F. 4). En el supuesto que ahora se examina es claro que el riesgo aducido debe considerarse un riesgo relevante, pues fue la apreciación de dicho riesgo (...) lo que llevó al Juez de Primera Instancia a dictar el Auto por el cual, con el fin de evitar el daño que el retorno de la menor con su familia adoptiva podía ocasionarle, atribuyó su guarda a la Junta de Andalucía y estableció expresamente que se efectuara manteniendo la situación de guarda de hecho en la que en ese momento se encontraba la menor”*, todo lo cual le lleva a concluir que: *“[P]or ello la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por los padres adoptivos de la menor, no podía dejar de valorar el riesgo que para la salud psíquica de ésta conllevaba en aquel momento el cumplimiento de la resolución judicial por la que se ordenaba iniciar el proceso de reinserción con su familia adoptiva”* (F. J. 4). Al haber rechazado la Audiencia apreciar la existencia de un peligro actual para la integridad moral de la menor con base en que dicho peligro no existió en el pasado, ello introduce –a decir del TC– una quiebra lógica en su razonamiento, de resultas de la cual se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por carecer la resolución de una motivación suficiente y lógicamente rigurosa.

Resulta claro que el TC está hablando en todo momento del riesgo que podía haberse derivado para la integridad moral de la menor, y de la necesaria ponderación que la Audiencia debería haber hecho de ese

riesgo conforme al estado de cosas actual, no de una lesión efectiva de ése o de otro bien jurídico. Es más, si la Audiencia hubiese sopesado dicho riesgo, y de forma razonada hubiese concluido que el mismo no era relevante, su decisión no habría merecido reproche alguno desde el punto de vista constitucional y no habría sido revertida. En cualquier caso, a lo que ahora importa, lo que determina que el menor no retorne en estos casos con su familia de procedencia, es la apreciación de que ese retorno podría conllevar un peligro –por el momento inconcreto– para su integridad moral, lo que dista de ser una auténtica imposibilidad jurídica, y desde luego natural.

La integridad moral o psíquica del menor constituía igualmente el núcleo del debate en la STC 71/2004, de 19 de abril, si bien aquí el Tribunal Constitucional optó por dictar una resolución de menor recorrido, debido a que la familia de procedencia era biológica y no adoptiva, lo que a –afirmado por el propio TC– le condujo a marcar distancias con su anterior STC 221/2002, a la que acabo de referirme. En lo que ahora importa, esta Sentencia resuelve que *“la apreciación de si existe un riesgo tan relevante para la integridad psíquica o moral de la menor con la ejecución del acordado retorno de la menor con su madre biológica que comporte una indudable vulneración del art. 15 CE deberá ser, en el caso presente, objeto de nuevo análisis y ponderación por el órgano cuya decisión aquí se impugna, atendiendo a los informes psicológicos, a la exploración de la menor y a otros informes o datos que pudiera entender oportunos”* (F. J. 8).

Pero si de lo que se trata es de hacer una ponderación del mayor o menor riesgo que en cada caso exista para la integridad moral o psíquica del menor, me parece que no es del todo ajustado referirse entonces a la existencia de una *imposibilidad* para efectuar la reintegración del menor con su familia de origen. Lo que ordena el TC al final de ese F. J. 8 de la STC 71/2004 es indicativo de que el juez de la ejecución no está enfrentado en estas hipótesis a una auténtica imposibilidad, sino a una situación susceptible de ser evaluada en función de elementos que, como los informes psicológicos o la directa exploración del menor, le pueden persuadir de lo inconveniente que resultaría ordenar el retorno con la familia de procedencia. Si el juzgador, tras sopesar todos esos elementos, llega a la conclusión de que el menor podría sufrir un quebranto en su integridad psíquica de decidirse su retorno con la familia de origen, lo procedente sería desestimar la pretensión esgrimida por su progenitor o progenitores, y ello por mucho que el desamparo no hubiera estado originariamente justificado. Lo que resulta chocante es que, en tales circunstancias, se

resuelva que el niño, pese a todo, regrese con ellos, para a renglón seguido apreciar la imposibilidad de ejecución de ese pronunciamiento (a causa del factor que debió servir para no emitirlo), y propiciar la apertura del expediente del art. 18.2 LOPJ. Y aún más llamativo es que sea el interés del menor el factor que justifique dictar tanto uno como otro pronunciamiento.

Volviendo al caso de los «niños de Dos Hermanas», no estoy persuadido de que, por no poder los pequeños retornar [*rectius*, por no ser conveniente que retornaran] con su madre biológica, debiese ponerse en marcha el expediente del art. 18.2 LOPJ; antes bien, advertida esa causa obstativa –si es que realmente existía– lo procedente habría sido no ordenar que los menores fueran reintegrados con su progenitora. Otra cosa es que, puesta en semejante tesitura, la madre pudiese exigir responsabilidad patrimonial de la Administración por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con arreglo al cauce previsto en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); lo que en cualquier caso también hizo, en paralelo, D^a Carmen F. F.

Lo que parece que nunca se sopesó, y tal vez hubiese debido hacerse, es que la supuesta imposibilidad de que los niños regresaran con su madre se debía, simplemente, a que la Administración actuante no estaba dispuesta a poner los medios que hubieran acaso permitido llevar a efecto ese retorno en forma específica. Me refiero a destinar un equipo de psicólogos para supervisar de cerca –durante el tiempo que hiciera falta– la reintegración de los menores con su madre biológica, a facilitar a ésta algunos medios materiales que le sirvieran para ofrecer a los niños un entorno mejor dotado que acaso pudiera favorecer su deseo de retorno, a disponer un régimen de visitas con los padres de acogida a fin de que los niños no perdieran tampoco ese otro lazo afectivo que ya habían desarrollado. Medidas todas ellas, sin duda, complejas y costosas, aunque con seguridad no tan onerosas como la indemnización que la Junta de Andalucía tuvo que abonar finalmente a D^a Carmen F. F. como resultado de la imposibilidad de articular la reintegración con ella de sus dos hijos menores.

Existía además un elemento adicional en este caso que ponía de manifiesto lo dudoso de que existiera la imposibilidad de ejecución *in natura* apreciada por la AP de Sevilla en su Sentencia de 26.12.2002, y es que con posterioridad a ese fallo, de los dos niños

que componían la pareja de hermanos a la que se conoce como los «niños de Dos Hermanas», la hija mayor decidió regresar voluntariamente con su madre biológica, mientras que el hijo pequeño permaneció con los acogedores. Ello sucedió en algún momento a finales del año 2004 o a comienzos del 2005, cuando la niña tenía en torno a los 13 ó 14 años de edad. Semejante situación pone de manifiesto que la reintegración de los niños en su familia de origen no era inviable, por más que el Auto de la AP Sevilla de 30.12.2005, por el que se revisaba la indemnización sustitutoria concedida a D^a Carmen F. F. en primera instancia, y que es el impugnado por la Junta de Andalucía en el recurso de amparo resuelto por la STC 11/2008, insista en que *“en las presentes actuaciones la cuestión que se suscita viene determinada por una obligación de hacer a la que fue condenada la Junta de Andalucía, y cuya ejecución y cumplimiento devino imposible, imposibilidad, que ya podemos avanzar, que permanece con escasa variante, pese a que uno de los menores haya regresado por su sola voluntad pues dadas las circunstancias en que tal nueva situación se ha producido y el tiempo transcurrido, en poco afecta a la indemnización sustitutoria, pues se trataría de una ejecución meramente formal o material, pero no jurídica”*. Más bien hay que coincidir con el Tribunal Constitucional, cuando en la Sentencia 11/2008 se refiere al hecho de *“haberse reintegrado voluntariamente la hija menor a la convivencia con su madre biológica”* como una *“ejecución parcial sobrevenida del pronunciamiento declarado inejecutable”* (F. J. 9) (72).

Se introduce así un factor que puede ser clave en este tipo de supuestos: la opinión del menor afectado por la declaración de desamparo y ulterior acogimiento. Las normas de procedimiento recogen en varios puntos la necesidad de recabar la opinión del propio menor, e incluso de obtener su consentimiento. Así, el art. 770.4^a LEC, relativo al procedimiento del juicio verbal que, por remisión del art. 779 LEC, es aplicable al trámite de oposición a la declaración de desamparo, dice que a los hijos menores se les oirá si tuvieren suficiente juicio, y en todo caso si fueren mayores de doce

(72) No debe olvidarse que el retorno de la hija mayor debió de efectuarse bajo el control del Juez de la ejecución, y por consiguiente debía considerarse una clara manifestación de la actividad ejecutoria. No en vano, el pronunciamiento cuarto del fallo de la SAP Sevilla de 26.12.2002 seguía ordenando que los menores en cuestión retornaran bajo la guarda de su madre biológica. Toda acomodación ulterior de la realidad a ese mandato no dejaba de ser cumplimiento *in natura* del mismo.

años. Por su parte, para constituir el acogimiento es necesario recabar el consentimiento del menor que tenga más de doce años, y que se oiga al menor que no supere dicha edad si tuviere suficiente juicio. Asimismo, será preciso oír al menor para iniciar el expediente judicial de cesación del acogimiento (vid. art. 1828 LEC/1881).

Todo ello es lógico, si se piensa que se trata de decidir sobre lo que probablemente sea el factor más influyente en la vida de un individuo durante su minoría de edad, como es bajo la guarda y en compañía de qué persona o personas va a vivir. Sabemos que los deseos y opiniones del propio menor, aunque deban ser tenidos en consideración, no son vinculantes, ni pueden identificarse necesariamente con lo que sea su interés. Sin embargo, al menos en el caso que nos ocupa, la decisión de la niña mayor fue tomada en cuenta para revertir con respecto a ella el acogimiento. Esto hace pensar si, de algún modo, la *imposibilidad* de retorno del menor está puramente condicionada a lo que sea su deseo, al menos cuando el menor en cuestión tenga ya más de doce años. De ser así, paradójicamente, el paso del tiempo podría llegar a ser un factor que jugase en algunos de estos casos a favor del retorno del menor con su familia de procedencia, lo que hace dudar de la bondad del argumento según el cual, dado lo prolongado de la separación entre el menor y su familia de origen, lo menos arriesgado para la integridad moral del menor siempre es mantener la situación de hecho creada con el acogimiento (73). De ser así, cabe preguntarse si no debería ser incluso más elevada la indemnización a percibir por la madre biológica de un menor cuando, una vez puesto de manifiesto el deseo ulterior de éste de regresar con aquélla, haya quedado acreditado que la integridad moral del menor se ha resentido a consecuencia del desamparo y acogimiento que nunca debieron ser decretados; en el entendido de que mayor habrá sido el sufrimiento de esa madre, sabedora de los padecimientos sufridos por su hijo o hija. Con ello entramos en consideraciones que están relacionadas con la fijación de la indemnización sustitutoria en la que se convertirá el pronunciamiento relativo al regreso del menor con sus progenitores, cuando dicho regreso se estime imposible de llevar a efecto.

(73) Al menos en el caso de la hija mayor de D^a Carmen F. F., todo apunta a que su integridad psíquica se hallaba a peor recaudo mientras permaneció con los padres de acogida, como lo mostraría el hecho de que decidiera regresar con su madre biológica.

6. *La indemnización sustitutoria en los casos de imposibilidad de ejecución: naturaleza jurídica y criterios para su cuantificación*

Retomando el caso de los «niños de Dos Hermanas» en el punto en el que lo habíamos dejado, es decir, tras la Sentencia de la AP Sevilla de 26.12.2002 cuyo singular fallo ya conocemos, D^a Carmen F. F. dedujo demanda de ejecución reclamando la suma de 2.168.600 euros en concepto de indemnización. El Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Sevilla, por Sentencia de 28.03.2005, estimó parcialmente la demanda, condenando a la Junta de Andalucía [Consejería de Igualdad y Bienestar Social] a abonar a la demandante la suma de 72.670 euros. Ordenaba también que el hijo menor siguiese bajo la guarda y custodia del matrimonio de acogida, quedando el resto de las funciones derivadas del ejercicio de la patria potestad compartidas con la madre biológica, y no fijando ningún régimen de relación del menor con su madre ni con su hermana. Contra dicha resolución interpusieron recurso de apelación tanto la madre biológica, como la Junta de Andalucía y el Ministerio público. La Audiencia Provincial de Sevilla los resolvió en dos Autos diferentes:

(i) De un lado, el de 30.12.2005, que desestimaba la pretensión revocatoria de la Junta de Andalucía y, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a Carmen F. F., fijaba como importe de la indemnización la suma de 1,4 millones de euros. Este Auto fue objeto de aclaración por otro posterior de 14.03.2006, como consecuencia del cual la indemnización quedó establecida en 1.703.600 euros.

(ii) De otra parte, el Auto de 19.01.2006, por el que acordó mantener la situación de acogimiento familiar con carácter indefinido del hijo menor de la demandante, bajo la vigilancia de la entidad pública de protección, así como establecer un régimen de visitas progresivo entre el niño y su madre y entre los hermanos.

Centrándonos en el primero de estos Autos, y por lo que toca al cálculo de la indemnización, a diferencia del Juzgado, que se había limitado a aplicar el baremo legal establecido para los daños derivados de accidentes de circulación (74), la Audiencia consideró que no podía

(74) Previsto en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, Texto Refundido aprobado por R. D. Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

establecerse parangón entre unas lesiones o un fallecimiento por accidente de tráfico, y la ilegítima privación de unos hijos a su madre durante casi diez años, situación esta última que a su entender podía causar un sufrimiento muy superior al de la muerte. Tras considerar que las dolencias psíquicas y físicas de D^a Carmen F. F., acreditadas por informes médicos que habían sido aportados a la causa, habían sido consecuencia directa o indirecta del padecimiento soportado por ella a causa de la separación de sus hijos, la AP de Sevilla estima razonable aplicar –entre otros criterios– el referente indemnizatorio empleado por la solicitante, que no era otro que el de las indemnizaciones otorgadas en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad (vid. art. 294 LOPJ). No obstante, computa también como conceptos adicionales a indemnizar los siguientes: (a) la enfermedad padecida por la madre; (b) el sufrimiento causado por la razonable expectativa de recuperación de los niños; y (c) la pérdida definitiva de esa expectativa, concepto éste que hace equivaler a la muerte física de los niños (aunque éste es el único concepto en el que tiene en cuenta que uno de los menores había retornado con la madre, para reducir a la mitad el montante solicitado). En seguida desgranaremos en detalle todos estos conceptos.

Contra el AAP Sevilla de 30.12.2005 –y el subsiguiente de aclaración– elevó recurso de amparo la Junta de Andalucía, alegando vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque a su entender habría sido condenada, no sólo a indemnizar por sustitución el aspecto inejecutable del fallo relativo a la imposibilidad de reintegración de los menores a la convivencia con su madre, sino también a indemnizar los daños y perjuicios causados a la actora desde 1996 hasta finales de 2005, incluidos pues los anteriores a la fecha en la que se dictó la Sentencia declarada inejecutable (26.12.2002). Ello, además de significar el resarcimiento por conceptos que no guardaban relación con el contenido del fallo ejecutado, suponía una extralimitación en la competencia jurisdiccional del tribunal, dado que, a la vista de los conceptos indemnizatorios considerados (las enfermedades y los padecimientos físicos y psíquicos sufridos por D^a Carmen F. F. a lo largo de diez años), lo que la Audiencia en realidad estaba determinando era una responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados a D^a Carmen F. F. a consecuencia de la indebida separación de sus hijos derivada de un defectuoso funcionamiento de la Administración, extremo que

no se correspondía con el contenido dispositivo del fallo ejecutado y cuyo enjuiciamiento correspondería en todo casos a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, a quienes se atribuye de modo exclusivo y excluyente el conocimiento de dicha materia [arts 9.4 LOPJ, 2 e) LJCA y 139 y ss. LRJAE-PAC]. Al propio tiempo advertía que las resoluciones impugnadas eludían el hecho de que el fallo había devenido parcialmente ejecutado, al haber decidido voluntariamente la niña de más edad volver a convivir con su madre biológica.

Frente a tales alegaciones, el Tribunal Constitucional, tras resaltar la complejidad de determinación del contenido indemnizatorio en este caso, observa que corresponde al juzgador precisar *“los conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el quantum indemnizatorio de la ejecución sustitutoria a la que se orientan efectivamente las resoluciones de ejecución impugnadas, es decir, la determinación del valor que entraña la imposibilidad de devolución (pérdida) de los hijos menores a su madre biológica. El resultado interpretativo al que se llegue en el ejercicio de esa función propiamente jurisdiccional de interpretación y aplicación de la legalidad podrá o no compartirse en todo o en parte, o considerarse acertada o desacertada la ponderación realizada, pero desde el ángulo de enjuiciamiento que nos es propio (el de su constitucionalidad) nuestro control sobre la motivación de las resoluciones impugnadas debe limitarse a comprobar si por su arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o ser resultado de un patente error de hecho, las resoluciones impugnadas vulneran el derecho fundamental invocado por encubrir únicamente una apariencia de tutela judicial”* (F. J. 7).

Señala también que *“(...) la valoración y ponderación de cuáles sean los conceptos que haya de comprender la indemnización sustitutoria por inejecutabilidad del fallo pronunciado por el Tribunal civil, en un caso, o el contenido indemnizatorio que lleve aparejada la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por su defectuoso funcionamiento, si hubieran sido deducidas una y otra pretensión a través de los oportunos cauces procesales (como parece haber ocurrido en el supuesto examinado), de otro, es materia que compete discernir autónomamente en los correspondientes órdenes jurisdiccionales, en los cuales la Administración ejecutada y demandada contemporáneamente en concepto de responsable por un defectuoso funcionamiento de sus servicios puede, cuando así proceda, oponer en el procedimiento oportuno la efectiva compensación del daño que pudiera reclamarse por ambas pretensiones indemnizatorias independientes, disipándose de este modo el riesgo de duplicidad compensatoria”* (F. J. 8).

Por otro lado, considera que *“en las resoluciones ahora impugnadas no se observa (...) aquella quiebra lógica e incoherencia que determina, a efectos exclusivos del control de constitucionalidad, la irrazonabilidad manifiesta de la motivación, dado que la Sala sentenciadora adopta unos criterios indemnizatorios que, independientemente de su grado de acierto, toman el daño (físico y moral) causado a la actora por la separación de sus hijos como premisa de la determinación de la indemnización sustitutoria de la ejecución que le reconoce el fallo ejecutado; daño que viene a consolidar y a actualizar el pronunciamiento firme que declara la imposibilidad de reintegración de los menores a la convivencia con su madre, haciendo definitiva la situación de separación de los menores”* (F. J. 9). A lo cual añade todavía que, *“contrariamente a lo denunciado por la Administración recurrente como fundamento de su pretensión, no puede afirmarse que en el Auto impugnado, (...), la Audiencia desconozca en absoluto o considere irrelevante el hecho de la ejecución parcial sobrevenida del pronunciamiento declarado inejecutable, al haberse reintegrado voluntariamente la hija menor a la convivencia con su madre biológica, pues tal circunstancia es considerada expresamente por el Tribunal para reducir a la mitad el quantum indemnizatorio inicialmente estimado en concepto de pérdida definitiva de la expectativa de recuperación de los menores por la declaración de inejecutabilidad del fallo”* (F. J. 9).

En suma, la AP de Sevilla habría efectuado una ponderación que no era posible tachar de ningún defecto desde el punto de vista constitucional, con independencia de los criterios indemnizatorios en sí aplicados, en los que el Tribunal Constitucional no podía entrar, por tratarse de una materia de legalidad ordinaria. A diferencia de este órgano, nosotros sí podemos someter a análisis dichos criterios, lo que me propongo hacer desde dos puntos de vista: los conceptos o partidas integrantes de la indemnización y el módulo temporal aplicado para cuantificarla.

Tomemos como hilo conductor la descripción que hace la Audiencia de Sevilla de los elementos o componentes de la indemnización debida a D^a Carmen F. F. (Fundamento de Derecho Quinto del Auto de 30.12.2005): *“[C]entrando al máximo el ejercicio de ponderación, podemos fijar el quantum indemnizatorio atendiendo fundamentalmente a dos criterios: el de la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, y el de la pérdida de los hijos, y este segundo criterio a su vez ha de tener en cuenta por una parte el tiempo que ha estado apartada de los mismos que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está; por otra el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de la sucesivas*

resoluciones a su favor; y finalmente la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae nuestra resolución del año 2002 en la que se acuerda la inejecutividad”.

Tras hacer un repaso por distintas SSTS (Sala 3ª) recaídas en casos de daños causados a personas sometidas a privación indebida de libertad, advierte que la indemnización en tales casos es siempre progresiva y no proporcional al tiempo pasado en prisión, es decir, que a medida que la situación se prolonga, cada periodo sucesivo da derecho a una indemnización creciente con respecto a la marcada para el primer periodo de referencia. La Audiencia dice que en este caso esas cifras han de multiplicarse a su vez por dos, puesto que dos han sido las privaciones de la solicitante (75). En mi opinión esta consideración es dudosa, ya que la prisión entraña de por sí una privación de libertades más extensa que la consistente en el forzoso alejamiento de un hijo motivado por hallarse bajo la guarda de unos acogedores. El recurso de multiplicar por dos el módulo indemnizatorio previsto para resarcir a un sujeto por la injusta privación de libertad sufrida, resulta tanto más chocante si se piensa que el bien jurídico de referencia nunca podría ser lesionado dos veces de forma simultánea.

No obstante, más allá de estas puntualizaciones, se debe concordar con la AP Sevilla en dos cosas. Primero, dado que de lo que se trataba era de cumplir en vía sustitutoria la obligación consistente en efectuar el reintegro de dos menores con su madre biológica, es obvio que no hay un valor de mercado para este tipo de prestación, por lo que los módulos indemnizatorios deberían ser necesariamente abstractos. Segundo, los módulos del baremo legal previsto para los daños procedentes de accidentes de circulación no eran apropiados, ya que aquí no se trataba de daños en la integridad física ni en la vida, sino de daños de índole psicológica o anímica (si bien es cierto que aquel baremo incorpora también daños de naturaleza moral). Lo que había que indemnizar a Dª Carmen era el equivalente pecuniario de verse privada de la oportunidad de desenvolver a diario ese conjunto de

(75) Es más, tras redondear el cómputo del periodo de privación sufrido por Dª Carmen F. F. y situarlo en diez años, observa el Auto que *“el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo, y si los hijos lo son en edades como la de Autos, desde cuatro y cinco años respectivamente, el perjuicio moral por sufrimiento entendemos que aún es mayor”*. Sin embargo, nótese que no se trata de indemnizar los daños sufridos por los niños a causa de la privación por ellos padecida, sino el hecho de que la madre se haya visto privada de ellos por no haber retornado a su compañía.

elementos que llenan de sentido la relación paterno-filial. Lo sufrido por ella era una privación de compañía y de convivencia, aunque sobre la premisa de que sus hijos seguirían vivos y estarían perfectamente sanos e indemnes (76). Por todo ello, en efecto, había una mayor proximidad entre su situación y la de aquellos que han sido indebidamente privados de libertad en función de una medida provisional que después se ha revelado inadecuada, por haber resultado absueltos en la causa en que se les imputaba. El sujeto indebidamente privado de libertad sabe que sus seres queridos continúan existiendo y se hallan en perfectas condiciones de integridad física, sin embargo se ve impedido de su compañía y relación afectiva cotidiana en virtud de una decisión judicial que a la postre se revelará como inadecuada, algo similar a lo que le sucedió a D^a Carmen F. F.

Similar, aunque no completamente análogo, dado que el sometido a una medida de prisión sufre una merma en su libertad deambulatoria que no padece el progenitor cuyos hijos han sido incorrectamente desamparados y dados en acogimiento. Parece obvio que, con carácter principal, el efecto que la prisión tiene sobre el reo recae sobre el bien jurídico de su libertad personal, y sólo de manera refleja origina una separación respecto de sus familiares y allegados. Es más, al preso se le somete a la privación de compañía respecto de todos sus seres queridos, mientras que un problema como el de D^a Carmen F. F. se ceñirá por definición a la compañía de su hijo o hijos menores. Así las cosas, los módulos indemnizatorios tomados en consideración para resarcir a quienes han pasado de forma injustificada un periodo en prisión, no pueden ser trasvasados sin más a una situación como la padecida por la madre de los «niños de Dos Hermanas», sino que debería aplicárseles un factor de corrección que permitiera captar cuáles, de entre todos los perjuicios que sufre el indebidamente preso, se corresponden con la parte de alejamiento o privación de la compañía con relación a sus seres más queridos.

Por otro lado, como ya he anticipado, la Audiencia consideró *“un elemento específico de sufrimiento la expectativa de recuperación que le conferían las resoluciones judiciales favorables a sus pretensiones y que finalmente se ven truncadas de manera definitiva por la declaración de*

(76) Esto último, si bien puede ser visto como un factor de menor gravedad, desde la óptica de la pretensión de la madre de que sus hijos volvieran a convivir con ella y estar bajo su guarda es quizás mucho más lesivo, al ser ella consciente de que en rigor ningún impedimento natural obstaculizaba esa posibilidad.

inejecutividad, concepto que entiende la Sala que resulta razonable indemnizar incrementando la suma anterior en un treinta por ciento". Con relación a esta partida, cuya fijación en forma de incremento sobre el concepto indemnizatorio anterior es cuestionable, no es seguro que la expectativa de obtener el retorno de los menores, truncada por los sucesivos recursos interpuestos contra las resoluciones que se fueron dictando, sea un elemento cuya indemnización deba venir a través del cumplimiento por equivalente del pronunciamiento que ordenaba el retorno de los menores con su madre. En cualquier caso, esa expectativa no la podía tener D^a Carmen F. F. más que desde la SAP Sevilla de 12.06.2000, que fue la que, revocando la declaración de desamparo y la constitución del acogimiento, estableció que los niños debían regresar con su madre biológica. Hasta ese momento, todas las instancias que habían intervenido (entidad pública, Juzgado de Primera Instancia), habían resuelto en contra de las pretensiones de D^a Carmen F. F.

A continuación añade el Auto, como objeto de indemnización diferenciado, *"el sufrimiento asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa, la pérdida definitiva de los hijos"*, concepto para el que no obstante concede sólo 250.000 euros en lugar de los 500.000 euros solicitados, en tanto para la hija mayor *"no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre"*. Frente a ello cabe señalar, en primer lugar, que no parece que el sufrimiento por la pérdida definitiva de expectativas de retorno de los niños pueda equipararse al sufrimiento derivado de la muerte de los mismos (77), no estando el primero basado en la constatación de una imposibilidad natural de retorno, como sucedería en cambio en el caso de que los niños hubiesen fallecido. La mejor prueba de que no podía trazarse esa equiparación era que la mayor de los dos pequeños –como el propio tribunal consigna– había regresado con su madre, y no podía descartarse que el otro hermano pudiera hacer lo mismo más adelante. En segundo lugar, se detecta una duplicidad en configurar el sufrimiento por la frustración definitiva de aquella expectativa de retorno de los niños como una nueva partida indemnizatoria, pues ya en la partida anterior había quedado contemplado el sufrimiento causado por las expectativas de recuperación truncadas, incluso de

(77) La propia Audiencia lo decía, como hemos visto más arriba, al rechazar la aplicación del baremo legal para daños procedentes de accidentes de tráfico.

manera definitiva tras la declaración de inejecutividad. Probablemente el tribunal quiere decir que desde que se dictó su primera Sentencia de 12.06.2000 hasta la Sentencia de 26.12.2002 la madre tuvo una pérdida de expectativa transitoria, y que una vez dictada esa segunda resolución dicha pérdida fue ya definitiva. Aunque quizás sea cierto que ese padecimiento admitía una graduación, lo apropiado habría sido –aquí sí– fijar el monto de este concepto indemnizatorio por vía de un incremento porcentual con respecto al anterior, en lugar de asignarle una cantidad a agregar aritméticamente a las partidas anteriores.

Señala la Audiencia un último concepto indemnizatorio, cual sería *“el relativo a la enfermedad actual de la solicitante, situación que sí que puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y aquí, desprovistos ya de todos los antecedentes, ya considerados, y atendiendo en exclusiva a las secuelas, podría establecerse cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley (...), pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, parece ponderada la determinación por este concepto de una suma de 200.000 euros, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables”*. Curiosamente aquí sí que se acepta calcular la indemnización sobre la base del baremo legal para daños procedentes de accidentes de circulación. Debe decirse que este tipo de daños, más allá de problemas de nexo de causalidad, encajan difícilmente en el marco de una ejecución por sustitución de la obligación de retorno de los menores, siendo más apropiado reclamarlos por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración ex arts. 139 y ss. LRJAE-PAC.

Y es que en las indemnizaciones sustitutorias o por equivalente, el valor a resarcir es el de la prestación en especie dejada de cumplir. No puede confundirse dicho valor con el montante de los daños y perjuicios que adicionalmente pueda haber experimentado el acreedor de la prestación como consecuencia del incumplimiento. Se trata de una distinción clásica en el análisis dogmático de la contraposición entre la finalidad de la acción de cumplimiento forzoso y la de la acción de indemnización de daños y perjuicios, como remedios distintos y complementarios que son, tendentes a la protección de un derecho de crédito lesionado. Esa diferenciación queda bien plasmada en la LEC cuando en sede de ejecución forzosa no dineraria, contempla separadamente la *“petición de determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria”* (art. 717 LEC), y

la “petición de liquidación y presentación de relación de daños y perjuicios” (art. 713 LEC). Con esto no quiero decir que ambas peticiones no sean compatibles y acumulables, y que por tanto D^a Carmen F. F. no pudiera solicitar tanto el pago o cumplimiento de la indemnización sustitutoria del pronunciamiento número cuatro de la SAP 26.12.2002, como los daños y perjuicios por ella sufridos a consecuencia de la indebida actuación de la Junta de Andalucía primero y de la Administración de Justicia después, lo que sucede es que esta segunda pretensión, que no quedaba embebida por la anterior, debió hacerla valer exclusivamente a través del procedimiento correspondiente, que como dice la Junta de Andalucía en el recurso de amparo, no es otro que el de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a los arts. 139 y ss. LRJAE-PAC (78).

Queda por ver el módulo temporal de referencia que debería servir para cifrar el monto de la indemnización debida a D^a Carmen F. F. Ésta se vio privada de sus hijos desde el 12.11.1996, siendo el 30.12.2005 cuando se establece la indemnización a su favor. La Junta de Andalucía señala que los daños anteriores al 26.12.2002 no deberían haberse computado, pues ése fue el momento en que la Audiencia declaró inejecutable el fallo en especie. Por mi parte, estoy de acuerdo con la Junta de Andalucía en que no se tenía que indemnizar a D^a Carmen F. F. desde que se le había separado de sus hijos en el año 1996, sino desde que el retorno *in natura* de los niños devino imposible. Ahora bien, en rigor no es que la SAP de Sevilla de 26.12.2002 desatase la imposibilidad de retorno de los niños, sino que constataba que, a la vista del estado de cosas entonces existente, ya no era procedente hacer efectiva la reintegración de los niños en su núcleo familiar de procedencia. La imposibilidad de reintegración se habría manifestado por tanto en algún momento entre la Sentencia de junio de 2000 [en la que la Audiencia de Sevilla todavía ordenaba el

(78) De hecho, como he señalado, D^a Carmen también interpuso esta clase de reclamación. El TC dice en su sentencia que no hay obstáculo para ello porque los órganos de uno y otro orden ya tomarían en cuenta lo que la solicitante hubiese percibido por el otro conducto. Por mi parte creo que no es ortodoxo utilizar la vía de la indemnización sustitutoria del art. 18.2 LOPJ para incluir daños y perjuicios adicionales al valor en sí de la prestación inejecutable en especie. En este sentido, los daños por las posibles secuelas físicas experimentadas por la madre biológica no formarían parte del cumplimiento por equivalente de la parte del fallo relativa al retorno de los niños, por más que pudieran considerarse daños y perjuicios indemnizables en otra sede.

cumplimiento en especie del retorno] y la posterior de diciembre de 2002. Fijar con exactitud ese momento tiene su importancia, porque mientras lo judicialmente ordenado fuese el retorno de los menores, no cabría apreciar imposibilidad de ejecución *in natura*, y por tanto los daños experimentados por D^a Carmen F. F. en ese periodo [básicamente, el sufrimiento por la expectativa de recuperación que no terminaba de concretarse a pesar de los fallos favorables] no deberían habersele resarcido por vía de la indemnización sustitutoria del art. 18.2 LOPJ, sino por vía de una responsabilidad patrimonial de la Administración [de acuerdo con lo dicho *supra*].

Pues bien, con posterioridad a la SAP Sevilla de 12.06.2000, el JPI n^o 7 de Sevilla, tras haber oído y explorado a los niños en presencia del equipo psicosocial y del Ministerio Fiscal, dictó un Auto, de 23.10.2000, por el que, comenzando los trámites de la ejecución, ordenaba la progresiva reinserción de los menores con la madre. En realidad, dicho Auto preveía que los niños permanecieran aún con los acogedores preadoptivos, a la vez que establecía un régimen de visitas entre los menores y su madre biológica durante todos los sábados de 11 a 18 horas, visitas que se habrían de desarrollar en el punto de encuentro familiar y cuya evolución deberían evaluar los responsables de éste pasados tres meses. Sin embargo, no hubo que esperar ni siquiera ese tiempo, pues un informe de la directora del punto de encuentro familiar de noviembre de 2000 ya constató el fracaso del régimen de visitas iniciado. En consecuencia, se acordó designar un perito psicólogo que estableciese el modo de llevar a cabo el reencuentro de la progenitora con sus hijos. En función del informe emitido por este perito, el Juzgado dictó un nuevo Auto, de 11.07.2001, por el que mantenía la permanencia de los niños con los padres de acogida, pero no ya en calidad de acogedores sino de guardadores de hecho. Asimismo establecía la necesidad de que se produjeran entrevistas entre los guardadores y la madre por espacio de tres meses, supervisadas por especialistas. Posteriormente, se daría paso a encuentros entre la madre y los niños, supervisados y en un centro neutral, por espacio de seis meses, transcurridos los cuales un nuevo informe médico permitiría determinar la continuación o no del régimen de visitas (79). Este Auto

⁷⁹ Es significativo uno de los asertos del Razonamiento Jurídico Cuarto de ese Auto: *“en la actualidad es D^a Carmen quien (como se ha dicho) se encuentra en la situación más precaria. Es más, hoy por hoy lo tiene todo perdido en relación a unos hijos que ya comenzó a perder hace años. El que de alguna forma los pueda recuperar en un futuro, dependerá del resultado del programa descrito y que se habrá de iniciar inmediatamente”*.

fue apelado ante la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual emitió un nuevo Auto, de 25.04.2002, por el que ordenaba al Juzgado el cumplimiento efectivo y sin dilaciones de la Sentencia de 12.06.2000, reintegrando los menores a su madre biológica. Esto significa que, todavía en esa fecha, la Audiencia de Sevilla consideraba viable el cumplimiento *in natura* de este mandato.

Debe recordarse que, en paralelo, los acogedores habían elevado recurso de amparo por no haberles permitido personarse en el recurso de apelación resuelto por la Sentencia de la AP Sevilla de 12.06.2000. Aunque en su demanda de amparo solicitaron al TC que decretase la suspensión de la ejecución de dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional, por Auto 21/2002, de 25 de febrero, acordó no acceder a la solicitud de suspensión interesada.

El recurso de amparo fue resuelto por STC 124/2002, de 20 de mayo, en virtud de la cual, como sabemos, se ordenó retrotraer las actuaciones al momento procesal previo a los Autos de la AP de Sevilla que habían denegado la personación en el procedimiento de los acogedores. Probablemente, es aquí donde hay que situar el punto de inflexión. Si a finales de 2002 la AP de Sevilla apreció la imposibilidad de ejecutar en especie el retorno de los menores fue, a buen seguro, porque la retroacción de las actuaciones ordenada por el TC le había hecho perder definitivamente la confianza en lograr que su anterior pronunciamiento se ejecutara en sus propios términos. Por consiguiente, la indemnización sustitutoria del pronunciamiento relativo a la reintegración de los dos niños debería comprender el valor por equivalente computado desde que, a causa de la STC 124/2002, de 20 de mayo, dicho retorno devino imposible *de facto*.

¿Hasta cuándo duraría la inejecutabilidad en especie del retorno de los niños? ¿Sólo hasta el 30.12.2005, momento en que se fija la indemnización sustitutoria? A mi modo de ver, la imposibilidad de retorno de los niños estaba llamada a permanecer en el tiempo y, salvo cambios de opinión como el de la hija mayor, se extendería por mandato del juez hasta la mayoría de edad de los niños, momento a partir del cual, salidos de la patria potestad ya nadie podría imponerles vivir en uno u otro sitio. Así pues, el periodo de no retorno a que se condenaba a D^a Carmen F. F. era desde que el retorno en especie se hizo inviable –momento que hemos cifrado en la fecha de la STC 124/2002– y hasta que sendos hermanos alcanzasen la mayoría de edad, punto a partir del cual si no volvían con ella no era por imposición judicial ni porque peligrara su integridad moral (aunque tal vez sí por el desafecto fruto del periodo de separación). Ciertamente, dado que se

había producido el voluntario retorno con la madre de la hija mayor, respecto de ésta la ejecución por sustitución no debía proceder más que hasta el momento de verificarse ese retorno, pues ello comportaba un cumplimiento parcial en especie del fallo. Aunque es cierto que la Audiencia tomó en cuenta esta circunstancia, sólo lo hizo para disminuir la indemnización por el concepto de “pérdida definitiva de la expectativa de recuperación equivalente a muerte física”, siendo así que también debería haberlo hecho con el concepto indemnizatorio relativo a la privación del contacto afectivo con la hija.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Actuaciones susceptibles de impactar de forma tan intensa en el ámbito de las relaciones paterno-filiales como la declaración de desamparo de un menor y la constitución de un acogimiento sobre el mismo, deberían adoptarse siempre con la máxima cautela, aunque sólo sea porque la reversibilidad de los efectos, para el caso de que esas actuaciones se hubieran acordado indebidamente, entraña una gran dificultad práctica. Son preferibles actuaciones de baja intensidad, dirigidas a paliar situaciones de riesgo, antes que dar pasos más definitivos que hagan entrar en escena nuevos intereses, como el de los acogedores del menor, y que puedan suscitar en éste un conflicto de afectos. El nivel de actuación deberá calibrarse en función de la previsibilidad de la persistencia de la situación que aqueja al progenitor o progenitores del niño. La existencia de una gran demanda de niños en acogimiento y adopción no debería representar una presión para aligerar la toma de decisiones en estos casos. La seguridad de que el niño tendrá unos buenos padres, o incluso unos padres mejores, no significa que el niño no deba estar en principio con *sus* padres, aunque éstos puedan parecer menos adecuados que los padres de acogida. La posibilidad legal de constituir provisionalmente el acogimiento familiar, a despecho de la oposición de los padres o tutores al acogimiento, no debería llevar a una utilización profusa de esa figura.

El procedimiento para oponerse al desamparo y a la constitución del acogimiento debería ser desarrollado de forma completa y armónica en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No debería subsistir el viejo procedimiento de la LEC/1881 para la constitución judicial del acogimiento, junto al procedimiento de la LEC/2000 para la oposición a las declaraciones de desamparo, máxime si se tiene en cuenta que a nivel administrativo ambas resoluciones suelen adoptarse

conjuntamente. La tramitación de ambos procedimientos debería gozar de preferencia, como dice ahora el art. 779 LEC para el desamparo. Convendría establecer de forma muy nítida si las resoluciones recurridas son o no susceptibles de suspensión o de ejecución provisional, o si procede un acogimiento residencial mientras se sustancia el recurso.

Los jueces y tribunales llamados a resolver sobre la oposición al desamparo o al acogimiento han de ser conscientes de que sus decisiones a este respecto pueden ser irreversibles. Junto a la preferencia a la hora de resolver, sería conveniente que aplicaran la máxima agilidad a la hora de ejecutar lo juzgado. Ante las peticiones de personación en la causa, en la duda, es preferible dar audiencia a todos cuantos pudieran tener un interés legítimo en el asunto, evitando así posibles demandas de amparo que, a la larga, puedan hacer retrotraer las actuaciones a un momento procesal anterior, con la consiguiente repercusión en el estatus del menor dado en acogimiento.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el riesgo para la integridad moral del menor no necesariamente significa que, en todos los casos, sea *imposible* ejecutar una decisión de retorno del menor con su familia de origen. Es contradictorio que el interés del menor pueda servir tanto para justificar el mandato de retorno con su familia de origen, como simultáneamente para dictaminar que la ejecución en forma específica de ese mandato resulta imposible. Si las entidades públicas competentes estuvieran dispuestas a poner todos los medios necesarios para ello, las resoluciones que ordenaran el retorno del menor con su familia de origen [en los casos en que proceda dejar sin efecto el desamparo y el acogimiento subsiguiente] serían más fácilmente susceptibles de ejecución *in natura*.

Las indemnizaciones dictadas para sustituir un mandato de reintegración familiar deben limitarse a reparar estrictamente el valor equivalente del mandato no ejecutado. Otros daños y perjuicios causados por el retraso en las decisiones adoptadas, o por lo indebido de ciertas decisiones, deberán ser reclamados en vía de responsabilidad patrimonial de la Administración. La fijación de indemnizaciones muy elevadas puede influir sobre las entidades públicas de menores en un sentido negativo, pues su tendencia puede ser a no declarar el desamparo ni siquiera en los casos en que merecería declararse, por temor a enfrentarse al pago de fuertes sumas de dinero en el caso de que, tras apreciarse judicialmente que incurrieron en un error, se estime imposible llevar a cabo la efectiva reintegración del menor con su familia de origen.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: "Comentario al artículo 172", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Thomson-Aranzadi, 2006.
- BARBER CÁRCAMO, R.: "La subversión constitucional del acogimiento de menores", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 17/2002, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2002\2169.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, ed. Bercal, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "¿Protección de menores 'versus' protección de progenitores?", *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2000\235.
- BERMÚDEZ REQUENA, J. M.: "Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles", *Diario La Ley*, nº 5967 (13 junio 2008).
- CARRASCO PERERA, A.: "Desamparados", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 583 (Tribuna), en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\835.
- CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia", *Aranzadi Civil*, 2003/11, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2003\1118.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid., 1999, p. 41.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid., 2005.
- DÍEZ GARCÍA, H.: "Desamparo de menores y acogimiento", *Aranzadi Civil*, 1999-III, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 1999\1429.
- DÍEZ GARCÍA, H.: "¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)", *Derecho Privado y Constitución*, nº 5 (1995).
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson-Cívitas, 2ª ed., 2007, vol. I.
- GARCÍA ABURUZA, Mª P.: "Sobre el régimen de ejecución del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Repertorio Aranzadi TSJ y AP* 2004/20, en *Aranzadi-Westlaw* BIB 2005\597.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo, tomo II*, 9ª ed., Thomson-Aranzadi, 2004.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido", *Derecho Privado y Constitución*, nº 18 (2004).
- HUESCA BOADILLA, R.: "La inejecución de sentencia por imposibilidad material o legal. La expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en una sentencia firme", disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD04.pdf>.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: "La inscripción en el Registro Civil de la tutela *ex lege* y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Comentario a la R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1996", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1997.
- MURILLO JASO, L.: "El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas", en *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza-Teruel noviembre de 2003, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004.
- ORTIZ NAVACERRADA, S.: "Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", *Actualidad Civil*, 1996-4.
- PÉREZ CONESA, C.: *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, ed. Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, L. y MARTÍN MARTÍN, G.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, ed. Thomson-Aranzadi, 2008.

