

DESAMPARO, ACOGIMIENTO Y RETORNO A LA PROPIA FAMILIA

PILAR BENAVENTE MOREDA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

I. SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO EN LA STS. 31 JULIO 2009. POSICIÓN DEL TS SOBRE EL DESAMPARO Y SOBRE LOS INTERESES EN JUEGO (EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR Y EL RETORNO A LA FAMILIA BIOLÓGICA). II. VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO FRENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO. COMPETENCIA PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO. III. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS PADRES/TUTORES ANTE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. LA SITUACIÓN DE LOS ACOGEDORES EN EL PROCESO. IV. EL INTERÉS DEL MENOR. REINMERSIÓN EN LA FAMILIA DE ACOGIDA FRENTE AL RETORNO A LA FAMILIA BIOLÓGICA. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y EL ALEJAMIENTO DE LA FAMILIA DE ORIGEN COMO CONDICIONANTES. CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD DEL RETORNO.

RESUMEN

Con ocasión del análisis de la STS de 31 de julio de 2009, realizamos un estudio del panorama actual, tras las reformas operadas en el CC y LEC por la Ley de Adopción Internacional de 2007, en relación con las situaciones de riesgo, desamparo y acogimiento de menores. La indeterminación del concepto de desamparo, su confusión con las situaciones de riesgo, la atribución de la competencia a la Administración para su declaración y la duración de los procesos, pese a los intentos correctores de la reforma por delimitar los cauces procesales y los plazos para los diversos trámites de oposición a las medidas administrativas, no garantizan plenamente la protección del «interés superior del menor» ni el de la familia de origen, creándose en muchas ocasiones una situación de auténtica indefensión para la misma consecuencia del imposible retorno del menor.

PALABRAS CLAVES: Indeterminación del concepto de desamparo; duración de los procesos; «interés superior del menor»; indefensión de la propia familia.

ABSTRACT

The present paper, made on the occasion of the STS of July of 2009, 31 attempt to analyze the core of the matter after reforms operated in the CC and LEC by the Act of International Adoption of 2007, in connection with the situations of risk, helplessness and placement of children. The indetermination of the helplessness concept, its confusion with the risk situations, the power attributed to the Administration for the helplessness declaration and the long time for the complete impeachment, in spite of the corrective intents, in the new act, to define the procedural channels and deadlines for the diverse steps of opposition to the administrative actuaciones, they don't fully guarantee the protection of the best children's interest neither that of the original family, being created in many cases, a real defencelessness situation for the family, consequence of the impossible child return.

KEY WORDS: Indetermination of the helplessness concept; helplessness declaration; the best children's interest; defencelessness.

I. SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO POR LA STS 31 JULIO 2009.
POSICIÓN DEL TS SOBRE EL DESAMPARO Y SOBRE
LOS INTERESES EN JUEGO (EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR
Y EL RETORNO A LA FAMILIA BIOLÓGICA)

1. 1. Los hechos de los que arranca la STS que sirve de base a nuestras reflexiones no difieren sustancialmente de los planteados y resueltos con frecuencia en los últimos tiempos. **La Consejería de Bienestar Social declara en 2003 la situación legal de desamparo** de una menor, nacida en abril de 2001, en base al modo y circunstancias de vida de la madre biológica (negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja y negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales). Aunque se admite que en la actualidad sus circunstancias ha variado pero sigue presentando déficit en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación, estilos educativos etc. para el cuidado y educación de su hija, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. Consta sin embargo en el procedimiento que la abuela paterna, perteneciente a una familia normalizada, siempre estuvo cerca, supervisando y realizando el cuidado de las comidas y de la casa en la medida que la madre biológica lo permitía.

La tutela automática sobre la menor se constituyó el 2 de abril de 2003, formalizándose en agosto del mismo año y consecuencia de la declaración de desamparo se acuerda prohibir todo contacto de la menor con la madre y gestionar de inmediato un acogimiento preadoptivo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Toledo dictó auto de 1 de julio de 2005 desestimatorio de la impugnación presentada por la madre a la declaración de desamparo y al acogimiento familiar preadoptivo de la menor y acordó la constitución de su acogimiento, **con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica. La Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia de 21 de noviembre de 2006 estimando el recurso de Apelación** interpuesto por la representación procesal de la madre biológica de la menor, revocando el auto dictado en primera instancia y declaró no haber lugar al desamparo y acogimiento familiar preadoptivo, con inmediata recuperación de su custodia por la madre y sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales de las medidas adecuadas para la reinserción de la menor en su familia biológica. **Interpuesto recurso de Casación por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el TS, el 31 de julio de 2009**, estima el recurso y confirma el Auto del JPI de Toledo, dando firmeza a la situación de desamparo y acogimiento preadoptivo acordado.

El TS en su sentencia, sienta doctrina en relación con dos aspectos:

Por un lado y en relación con la posibilidad de valorar en el proceso el cambio de circunstancias de los padres desde que se adopta la resolución administrativa de desamparo, señala que:

«es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172. 6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Por otro lado, y en relación con la valoración del desamparo y acogimiento impugnados, ponderando el interés de la menor, en relación con la reinserción de la misma en la familia biológica a los que alude expresamente el art. 172. 4 CC, señala que:

«...Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de

desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

1. 2. La valoración del desamparo en el procedimiento. Situación de no retorno derivada del propio funcionamiento del sistema.

Al hilo de las dos cuestiones señaladas, el TS entra en la valoración de cuestiones de gran trascendencia en relación con el tema que nos ocupa.

Por un lado entra, como no podía ser de otra forma, en **la valoración y calificación de las situaciones de desamparo**, donde considera, deben tenerse en cuenta no sólo las circunstancias existentes en el momento de declararlo, sino también las posteriores para, aparentemente adoptar una decisión más ecuaníme y conforme a derecho (quizá consciente de la trascendencia en este tipo de procesos, más que en ningún otro, de lo irreparable del transcurso del tiempo).

En relación con tal declaración de desamparo y como tendremos ocasión de analizar, el criterio seguido no difiere en mucho del resuelto en otros casos. Ante una, creemos que discutible calificación de desamparo, una vez puesta en marcha la maquinaria por la Administración, para se supone garantizar la urgencia y rápida actuación en evitación de perjuicios al menor, se llega a una situación en que, por mucho que las circunstancias de la familia de origen se hubiesen modificado, resulta irreversible la situación e imposible e impensable el retorno del menor (el desamparo se declara en el año 2003 y la situación se resuelve de forma definitiva, de momento, en julio de 2009 –6 años después de su comienzo–)¹.

¹ Como sabemos, no es este el único supuesto en el que tales hechos se producen. Como ejemplo más llamativo, entre otros muchos, el que da origen a la STC 124/2002 de 24 mayo, (RTC 2002/124) sobre la que entraremos más adelante, en relación con la declaración de desamparo y posterior acogimiento preadoptivo de dos menores sevillanos por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía que culmina, igualmente tras 6 años de procesos, en la citada sentencia del TC, concediendo el amparo a los acogedores de los citados menores y la consiguiente anulación de la SAP conforme a la cual se revocó la declaración de desamparo y consiguiente acogimiento preadoptivo.

1. 2. 1. La posición del Juzgado de Primera Instancia en el Auto de 1 julio 2005. El JPI, ante la oposición planteada por la madre biológica, consideró que existía desamparo sobre la base, creemos, no tanto de la situación que originariamente fue determinante para que la Administración lo declarase, sino atendiendo a una valoración comparativa de la situación de la madre biológica en relación con la adaptación de la menor a la familia de acogida en el momento en que se produce la resolución judicial. Al mismo tiempo se acuerda el acogimiento preadoptivo y, en consecuencia, se prohíben las visitas solicitadas por la abuela paterna. El desamparo se declara fundamentalmente atendiendo a las condiciones socio-culturales de la madre².

1. 2. 2. Posición de la Audiencia Provincial (SAP. TOLEDO 21 noviembre 2006). La Audiencia, creemos que acertadamente, revoca el auto del JPI y en relación con la declaración de desamparo considera que, a tenor de lo dispuesto en el art. 39. 1 C. E, debe hacerse siempre una interpretación restrictiva que ni la Administración ni el JPI realizo³.

Posteriormente la AP Sevilla, en S de 26 diciembre 2002(JUR 2003/147679) resuelve en el mismo sentido que hizo en 2000, desestimando la declaración de desamparo pero, al no haberse ejecutado la primera sentencia por negativa del Juez de Primera Instancia, amparado en el art. 158 CC, resultó imposible la ejecución de la sentencia y por tanto el regreso de los menores con su familia de origen, condenando a la administración a indemnizar a la madre (prestación por equivalente). (Sobre la STC 2002 realiza BARBER CÁRCAMO un profundo y muy adecuado análisis poniendo de relieve de una forma clara y contundente la realidad del problema que subyace en muchos de los supuestos de declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo. (Barber Cárcamo R. La subversión constitucional del acogimiento de menores. BIB 2002\2169. Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 17/2002 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002).

² Señala el JPI que: «... existía negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja y negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, se adjuntan informes de la policía nacional que afirman que D. ^a María del Pilar ejerce la prostitución estando presente el marido y la hija, sin embargo estas alegaciones se refieren a una etapa muy temprana de la vida de Paulina y aunque en la actualidad D. ^a María del Pilar se encuentra adaptada y con estabilidad familiar presenta déficit en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación, estilos educativos etc. para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales,...es preciso destacar que en la actualidad vive con su nueva pareja y tienen un bebé, lo que supondría tener que enfrentarse a la crianza de dos niñas concluyendo que el beneficio de Paulina es que se desarrolle en una estabilidad afectiva y ambiental y dado que se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente es aconsejable mantener la situación actual y concluir la adopción dado que un cambio en la situación de la menor con tras años podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y de comportamiento...».

³ Señala la AP: «...procede hacer del mismo una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal ma-

Se ponen de manifiesto en la SAP varios aspectos relevantes en el proceso, pero que resultan aplicables a la mayoría de ellos: a) La inadecuada actuación de la Administración que, en lugar de intentar corregir la situación que no considera como irreversible, intentó apartar a la madre biológica por todos los medios de la menor, prohibiendo a la madre todo contacto con la menor, gestionando el acogimiento pre-adoptivo, b) La inexistencia de la gravedad necesaria para la adopción de la medida de declaración del desamparo (no lo son según la Audiencia, ni los problemas económicos, ni la desatención existente, ni las desavenencias conyugales, ni la poca capacidad para gestionar los ingresos; ni la pobreza, en sí misma implica desatención), c) El hecho de que la madre biológica, con posterioridad a la situación que determinó la declaración del desamparo haya tenido otro hijo y sin embargo no conste en el expediente que se hubieran adoptado medidas de protección respecto de la misma. Si la madre, señala la AP, estaba capacitada para mantener la custodia de un hijo de pocos meses, con mayor motivo lo estaba para recuperar la de su primera hija, al haber desaparecido las razones que justificaron su intervención.

1. 2. 3. La posición del TS en relación con la declaración del desamparo, en la que ha de primar en todo caso la defensa del «interés superior del menor», pone claramente de manifiesto el fallo del sistema, la incongruencia del sistema que, a partir de una decisión administrativa, más o menos acertada o discutible, puede crear una situación de indefensión real y patente para los padres biológicos o tutores, sin que ello implique necesariamente, a la postre, que por ello quede salvaguardado realmente el «interés superior del menor». A la vista del pronunciamiento como el del TS, estimamos que, en ningún caso llegará a producirse el retorno a la familia biológica si a ésta se le priva de la posibilidad de visitar a sus hijos y de comunicarse con ellos, si el proceso dura, como es el caso, más de 6 años, y si los

nera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (SSTC 143/1990 y 298/1993).

Lo anterior entronca directamente en el principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre 1986 en su art. 9, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el art. 172. 4 de nuestro Código Civil.

En definitiva, la situación de desamparo, sea voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente».

acogedores son, en principio personas con las que los menores establecen vínculos afectivos y mantienen estabilidad física y psíquica. Por mucho que las condiciones personales, socioculturales, económicas y todo lo que se les quiera pedir a los padres biológicos «evolucionen adecuadamente», nunca podrá competir en igualdad de condiciones, si en la competición por el «retorno del menor» se les ha privado de los elementos que precisamente se esgrimen para impedirlo: el tiempo transcurrido con la familia de acogida, el contacto con los menores y el desarrollo de vínculos afectivos con la misma o el mantenimiento de referencias parentales con la familia biológica. Esto supone, desde nuestro punto de vista, una situación de Indefensión para la familia de origen. Y esta es precisamente la posición que mantiene el TS (F. D^o 6), cuando se valora que, por mucho que la situación de la madre haya evolucionado de forma favorable, comparada con la que los menores tienen con la familia de acogida, su integración en la misma, no permite decantar el interés del menor a favor de su reintegración con aquélla.

Lo complejo y absolutamente «diabólico» no sólo de la sentencia, sino del proceso mismo es que, la resolución, atendiendo al interés superior del menor, no podría ser diferente, debido al tiempo transcurrido desde el comienzo del mismo. Sin embargo, sin perjuicio de que esta deba, o pueda ser la respuesta adecuada, podemos pensar que el retraso en la resolución del caso, y la precipitación de la Administración en la solución adoptada crea para los padres biológicos una situación de indefensión, frente a la de los acogedores que han permanecido durante todo ese tiempo con el menor.

II. VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO FRENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO. COMPETENCIA PARA DECLARAR EL DESAMPARO⁴

El punto de partida del que arrancamos se encuentra, por un lado en el art. 172. 1 pfs 2^o y 3^o CC, que define las situaciones de desampa-

⁴ Sobre el concepto e interpretación por los tribunales de las situaciones de riesgo y desamparo hemos de tener en cuenta, no sólo por lo completo de su análisis sino por ser los trabajos más actualizados: ESCRIBANO TORTAJADA P, «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales «Actualidad Civil, N. °12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2009, pág. 1357, Tomo 1, Editorial LA LEY; GARCÍA PASTOR M, «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172. págs. 171 ss. Comares 2009.

ro, así como los efectos de tal declaración, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley por parte de la Entidad Pública y la suspensión de la patria potestad o la tutela. Por otro lado, el art. 12 de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que introduce en el sistema el concepto de riesgo del menor, como previo o diferente a la situación de desamparo.

Sobre las premisas legales anteriores, la posición del TS en la S 31 de julio 2009, como hemos visto más arriba, técnicamente admite como situación de desamparo la que fue definida por el JPI, haciendo suyas las valoraciones del Ministerio Fiscal en el recurso de casación aunque posteriormente para la valoración del supuesto, en el que se mezclan declaración del desamparo y formalización del acogimiento⁵, toma en consideración las circunstancias posteriores de la madre biológica, como se pone de manifiesto en el F. D 7º, desdibujando con ello los límites y diferencias entre el procedimiento de oposición al desamparo y el de oposición al acogimiento⁶.

Un análisis detallado sobre el concepto de desamparo, tanto en la ley 21/87, como tras la reforma operada por LO 1/1996, y su diferenciación de las situaciones de riesgo en SERRANO RÚJZ-CALDERÓN M, «Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español» (2004). Fundación universitaria española, págs. 133 a 198. Vid igualmente CABEDO MALLOL V, «Marco constitucional de la protección de menores» (2008) La Ley, pgs. 49 a 51.

⁵ A esta confusión de procedimientos, o más bien de los contenidos y objetos de los mismos (el relativo a la oposición a la declaración de desamparo y el de oposición al acogimiento) que ahora, tras la reforma operada en el CC y fundamentalmente en los arts. 779 y 780 LEC por Ley 54/2007, quedan claramente diferenciados, hacía referencia BARBER CÁRCAMO al comentar la STC 124/2002 de 20 de mayo (ob. cit. pág. 14).

⁶ Es procedente, señala el TS, que el juez al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172. 6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en el que se produjo la declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en posición de asumir nuevamente la patria potestad. Ello supone, en palabras de la propia sentencia, admitir la «exclusión de la preclusividad», reflejada en el art. 413 LEC, que tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo. Esto último considera el TS que sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (artículo 172. 4 CC). (Criterio admitido en las SSTC 75/2005, de 4 de abril y 58/2008, de 28 de abril).

A la vista de lo señalado, resultan relevantes varias cuestiones en relación con la declaración del desamparo de un menor: Por un lado **la indeterminación del concepto de desamparo**, por otro **la atribución de la competencia para su declaración a la Administración** (que no tendría tanta relevancia si no recayese precisamente sobre un concepto tan indeterminado) y por otro, sobre el que entraremos más adelante, **la relevancia que en estos procesos tiene el transcurso del tiempo y la duración de los mismos**, lo que evidentemente se pone de manifiesto en la mayoría de las decisiones que, como la que comentamos, han tenido un cierto eco social.

a) El carácter indeterminado del «desamparo» aparece ya desde la reforma que se produce por Ley 21/87, de 11 de noviembre, al sustituir el «abandono» por el «desamparo»⁷ en el art. 172 CC, según hemos visto más arriba⁸.

A tenor de lo dispuesto en el art. 172. 1 CC, podemos decir que son tres los requisitos necesarios para que se produzca el desamparo:

Pues bien, precisamente la toma en consideración de tales circunstancias posteriores lo que hace es desdibujar, como apuntara BARBER CÁRCAMO, los límites entre el procedimiento de oposición al desamparo y el de solicitud de su cese, lo que supone, señala, tanto como «llevar a la oposición del desamparo, consideraciones propias de otra actuación, la instancia de cese del acogimiento...» (ob. cit pág. 14).

Lo señalado anteriormente resulta aún si cabe más relevante en los momentos actuales, cuando tras la reforma operada en el CC y en la LEC por la Ley 54/2007, tales procedimientos, como veremos más adelante, de oposición a la declaración del desamparo y de oposición al acogimiento, aparecen claramente diferenciados no sólo desde un punto de vista sustantivo sino también en cuanto al procedimiento a seguir en cada uno de ellos.

⁷ Es relevante el salto que supone el cambio de denominación en relación con la situación del menor, que de «abandonado», como situación vinculada, conforme al art. 174 CC (tanto en la redacción que le otorga la Ley de 1970 como la de 13 de mayo de 1981), a la carencia de persona que asegure la guarda, alimento y educación al menor de 14 años, resultando irrelevante que tal situación se hubiera producido por causas voluntarias o involuntarias, pasa a una denominación más amplia, como es la de «desamparo», que, como apunta BALLESTEROS DE LOS RIOS, «contempla un mayor número de posibilidades de apreciación».

⁸ Ya en relación con la redacción que se otorga al precepto en la reforma de 1987, se señaló por la doctrina el carácter indeterminado que el concepto de desamparo tiene, porque, como apuntaba SERRANO GARCÍA,...«el menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica», señalando que, frente al anterior concepto de «abandono», que tenía la tacha de culpabilidad de quien abandonaba, sin embargo requería resolución judicial y transcurso de un cierto lapso de tiempo. Ante tal inconveniente y partiendo de la crítica que en tal momento se hacía al hecho de que la decisión quedase en manos de la Administración, apuntaba el autor, quizá como un auténtico desiderátum que «Hay que esperar que las entidades serán prudentes y sólo intervendrán de la manera enérgica en que pueden hacerlo cuando las circunstancias de los menores sean graves» (SERRANO GARCÍA I, En «Comentarios del Código Civil» Ministerio de Justicia. Tomo I, (1991) pgs. 578).

a) El incumplimiento de los deberes de protección a los que se refiere el art. 154 CC, que puede ser total o parcial, o derivar de una actuación culposa o ajena a la voluntad de los padres. Se trata de una situación de hecho, sin valoración de causas ni intenciones. Basta con que el menor quede «de hecho» privado de la necesaria asistencia moral o material.⁹

b) Falta de asistencia material o moral o de larga duración del menor, como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección. Esa ausencia de asistencia –material o moral– es la que, entre otros elementos está jurídicamente indeterminada y debe ponerse en conexión con el art. 39. 3 CE, que establece la asistencia de todo orden que deben prestar los padres a sus hijos.

c) Existencia de nexo causal entre ambas situaciones. El requisito causal –incumplimiento o inadecuado ejercicio– y el de resultado –falta de asistencia–, son acumulativos, debiendo concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que consiste en la situación de desamparo¹⁰.

En cualquier caso, ya cuando se habló por primera vez de «desamparo» en 1987, la doctrina más autorizada puso de manifiesto que se trataba de un concepto relativamente indeterminado, que necesitaba completarse, porque ni se explicaba qué se entiende por privación de la necesaria asistencia material o moral, ni qué supuestos quedarían englobados en la expresión «incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección». En dicho tipo de conceptos, apuntaba BALLESTEROS DE LOS RÍOS, hay siempre una zona de incertidumbre, más o menos amplia, en la que se manifiesta la dificultad de alcanzar la

La fórmula utilizada por el legislador no le parecía a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS acertada porque, «...parte de la preexistencia de unos deberes cuando lo que importa es exclusivamente que los menores- por la razón que sea-se encuentren privados «de la necesaria asistencia moral o material»: lo que puede ocurrir, si, por abandono de los padres, pero también, sin culpa de éstos...» PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, «Derecho de Familia» (1989). Sección de Publicaciones. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. pág. 612.

⁹ En relación con el valor del incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección vid el exhaustivo análisis que realiza BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas» (1997) págs. 33 a 44.

¹⁰ BALLESTEROS DE LOS RÍOS M, «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas» (1997). Tecnos, pgs. 27 ss. DE LA OLIVA VAZQUEZ A, «El acogimiento del menor en situación de desamparo», en «Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinaria» Thomson-Aranzadi, (dir) GARCIA GARNICA MC, (dir) (2008) (págs. 236).

solución justa. Señalaba igualmente la autora (y ello resulta si cabe de mayor relevancia en los momentos actuales), que si se quiere proteger al menor de forma adecuada, es imprescindible una definición lo más completa posible del desamparo, resultando preciso garantizar, tanto los derechos del menor a crecer en el ambiente familiar idóneo, como los derechos de los progenitores a ejercer su patria potestad¹¹. Por otro lado, en esa primera modificación, la regulación era, conforme apuntaba BALLESTEROS, vaga, defectuosa, imprecisa e insuficiente, quedando sin explicitar aspectos tan importantes, aparte de la imprecisión del término «desamparo», como el órgano competente para apreciar tal situación y el procedimiento a seguir. Tales cuestiones, en alguna medida fueron resueltas en la reforma llevada a cabo por la LO 1/1996, de 15 de enero, que diferenció, entre situaciones de riesgo y desamparo, que dan lugar a un grado diferente de intervención de la Entidad Pública, justificándose en el segundo de los supuestos, por la gravedad de los hechos que determinan la calificación del desamparo, la separación del menor del núcleo familiar, la asunción de la tutela por la entidad pública y la suspensión de la patria potestad¹².

Por otro lado, y según se plasmó ya en la propia Exposición de motivos de la Ley 21/87, y recogió el art. 172 CC, cambiando el criterio a que respondía el anterior art. 239 CC, atendiendo a la urgencia del caso, **la estimación del desamparo debía dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad Pública a la que correspondiese en el territorio la protección de los menores**¹³, confiando la guarda de éstos a la citada Entidad, que actuaría bajo la superior vigilancia del Fiscal. Se trataba por tanto de establecer un posible control judicial a posteriori.

¹¹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS M, «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas» (1997). Tecnos, pág. 16.

¹² BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M, ob. cit. pág. 18.

¹³ En relación con la denominada «asunción automática de la tutela por ley» se pronuncia MORENO TORRES-SANCHEZ, que considera que, puesto que el desamparo es fruto de la actuación administrativa, se rige por la ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y es objeto de desarrollo por la normativa correspondiente de las CCAA. Ello implica que realmente la declaración de desamparo no se produzca con el automatismo que se predica en la ley. Sólo, apunta, el desamparo provisional, goza de tal automatismo.

Por otro lado considera la autora, una vez analizados los cauces del procedimiento administrativo que se ha de seguir hasta llegar a la declaración de desamparo, que sólo mediante el establecimiento de un procedimiento de urgencia que declara dicha situación, se podrá proveer a la misma del carácter automático que precisa (MORENO TORRES-SÁNCHEZ J, «El desamparo de menores» (2005) Thomson-Aranzadi, págs. 127 ss. y 154).

Dicha atribución de tutela automática a la Administración una vez declarada la situación de desamparo, fue también objeto de críticas por entender que ello contravenía claramente lo dispuesto en el CC, que en su art. 231 atribuye a la autoridad judicial la constitución de la tutela y en su art. 170 exige resolución judicial para la privación total o parcial de la patria potestad. Igualmente se ponía de manifiesto la incompatibilidad de la medida con lo dispuesto en el art. 22 LOPJ, que atribuía la competencia a tribunales y juzgados españoles en materia de incapacitación y medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados¹⁴.

Tal tutela en todo caso, se dijo que tenía un carácter residual ya que, si el menor al que se refiere el precepto estaba previamente sometido a la patria potestad o la tutela, tales conductas serían determinantes de privación de la patria potestad o de remoción de la tutela (por la autoridad judicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 170 CC), debiendo en tales casos nombrarse a un tutor para el menor en el primer caso, o un segundo tutor en el caso de la remoción citada. La asunción de la tutela ex lege, por tanto, sólo procedería para el caso de que no pudiera constituirse la tutela o nombrarse otro tutor en sustitución del removido.¹⁵

b) En cuanto a la **Competencia para la declaración del desamparo**, de la redacción otorgada al art. 172 en 1987 no resultaba explícita la atribución de la misma a las Entidades Públicas, pero ya fueron entonces numerosas las voces que se alzaron en este momento, no sólo contra la posibilidad de que así fuera, sino también contra la interpretación de la norma en ese sentido, considerándose, como lo hizo PEÑA BER-

¹⁴ Así lo puso de manifiesto SERRANO GARCÍA I, al comentar precisamente el art. 172 del CC, conforme a la redacción conferida por la citada Ley 21/ 1987. Entendía el autor entonces que la atribución de la competencia a la Administración para declarar el desamparo y consiguiente atribución de la tutela automática a la misma, no sólo vulneraba otros preceptos del CC, sino lo dispuesto en la LOPJ así como en la Constitución (arts. 106. 1 y 39. 1 y 4) (En «Comentarios del Código Civil» Ministerio de Justicia. Tomo I, (1991) pgs. 578).

¹⁵ DIEZ PICAZO L, GULLON A, «Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones» 5^ª ed. 1989. págs. 304-305. Vid. en el mismo sentido MORENO TORRES-SÁNCHEZ J, «El desamparo de menores» (2005) Thomson-Aranzadi, pág. 33.

Mantiene el mismo criterio la RDGRN de 22 junio 1996 (La Ley 2152/1997) en la que se planteaba la cuestión de si es o no inscribible en el Registro Civil la suspensión de la patria potestad y consiguiente asunción de la tutela por parte de una Entidad Pública de protección de menores, inscripción que se rechaza precisamente sobre la base de la diferente naturaleza que ostenta tal tipo de tutela.

NALDO DE QUIRÓS, que la patria potestad y la tutela están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, que determinados derechos de los padres tienen un especial amparo constitucional e internacional y que no cabían medidas sobre los menores contra la voluntad de padres o tutores, salvo si lo acuerda el juez en los casos que legalmente proceda¹⁶

El aspecto competencial suponía, como se ha señalado, no una mera modificación del CC, sino una auténtica metamorfosis en la forma de proceder en cuanto al sistema de declaración de desamparo y acogimiento de los menores, que implicaba, para un amplio sector doctrinal, una desjudicialización del proceso al atribuir competencia a la Administración para, como consecuencia de la declaración de desamparo, suspender a los padres del ejercicio de la patria potestad, aunque igualmente existían voces en apoyo de la medida considerando que realmente no conducía a una «confiscación de los hijos», ni suponía que los padres se encontraran incurso en causa de privación de la patria potestad, no suponiendo en modo alguno una valoración de la conducta de los padres¹⁷.

Cuando se reforma nuevamente el art. 172 en la D. final 5ª de la LO 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y la LEC, queda claramente establecida la competencia de las Entidades Públicas para declarar la situación de desamparo, al incorporar a su apartado primero que la entidad pública deberá «Adoptar las medidas de protección necesaria para su guarda...». Consecuencia de ello se incorporan al texto ciertos elementos de control en relación con la actuación de la Entidad Pública, que, no sólo ha de co-

¹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, «Derecho de Familia» (1989). Sección de Publicaciones. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. pág. 613.

¹⁷ Respecto de la génesis del precepto y, básicamente del debate que sobre el concepto de desamparo y abandono existió en la redacción del art. 172 CC, resultan de gran interés las reflexiones realizadas por BALLESTEROS DE LOS RÍOS que, precisamente al analizar con detalle el proceso parlamentario de la norma, pone de manifiesto la inquietud que no sólo el legislador planteó a través de las diferentes enmiendas presentadas al proyecto, sino también las críticas que la doctrina más autorizada hizo sobre el particular (BALLESTEROS DE LOS RÍOS M, «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas» (1997). Tecnos, pg,26 y 27). Vid igualmente el estudio sobre de evolución del concepto de CAPARROS CIVERA N, y JIMENEZ-AYBAR I, «El acogimiento familiar. Aspectos Jurídicos y sociales». (Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia 29)(2001). Universidad de Navarra. Ed. Rialp. S. A, págs. 19 ss. en las que se analiza con detenimiento la evolución histórica de la figura, resaltando precisamente que, con la Ley de 1987, se produce una desjudicialización del sistema de protección del menor, otorgando a las CCAA la competencia en esta materia (pág. 44).

municar al Ministerio Fiscal la medida y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, sino a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas, debiendo informar igualmente de las causas que dieron lugar a la medida y los posibles efectos de la decisión adoptada. Igualmente se especifica que la asunción de la tutela por parte de la Entidad pública lleva aparejada la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria¹⁸.

c) La indeterminación del concepto de desamparo, la desjudicialización de la fase inicial del proceso, y la confusión entre desamparo y riesgo, como situación nueva introducida en la LO 1/96, ha venido provocando, creemos que bajo el temor de no dar una respuesta contundente a los problemas sociales en los que pueden verse imbuidos los menores, una progresiva y alarmante **ampliación de los supuestos que social y administrativamente se vienen considerando como de desamparo, extendiendo tal calificación a auténticas situaciones de riesgo y no de desamparo**, que si bien revisten o pueden revestir de gravedad, merecen tener un tratamiento diverso¹⁹.

¹⁸ La Exposición de Motivos de la LO 1/1996 de 15 de enero justifica la reforma operada en el CC en materia de desamparo y acogimiento automático en la necesidad de consagrar el principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos, tanto administrativos como judiciales, que afectan a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos.

¹⁹ Señala GARCÍA PASTOR, al analizar las resoluciones judiciales en las que los tribunales han considerado que no existe desamparo, pese a su declaración por la Administración, algo que creemos resulta alarmante sobre, precisamente, la actuación de la Administración, y que nos hace pensar muy seriamente sobre lo adecuado de seguir manteniendo en sus manos la competencia para la declaración del desamparo, no tanto por la declaración misma, sino por las consecuencias que la misma conlleva: «...Con el paso de los años los supuestos en que los tribunales no han refrendado la actuación de la Administración por considerar que en el momento en que se declaró el desamparo no existía causa para ello, son numerosas, una sexta parte aproximadamente de las decisiones revisadas. Dado que sólo se conocen judicialmente de las decisiones administrativas de desamparo cuando hay oposición de los progenitores, y que muy a menudo esto no ocurre debido a las condiciones socio-económicas de la mayor parte de las familias afectadas, se puede pensar que el porcentaje de declaraciones de desamparo en que no existen causas verdaderas para separar al menor de su familia puede ser en realidad aún mayor» (GARCÍA PASTOR M, «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172. págs. 171 ss. Comares 2009, pág. 679).

MORENO TORRES-SÁNCHEZ se refiere al carácter subsidiario de la medida (la declaración del desamparo), indicando que sólo en aquellos casos en los que no existan otras alternativas, la entidad pública debería asumir la tutela de los menores. Existen, apunta, un amplio elenco de alternativas, antes de adoptar la medida del desamparo (MORENO TORRES-SÁNCHEZ J, «El desamparo de menores» (2005) Thomson-Aranzadi, pág. 37).

Bajo la idea de desatención física o psíquica del menor, y el concepto amplio y «omnicomprensivo» del «interés superior del menor», parece caber todo. Parece existir una tendencia a magnificar los supuestos de riesgo convirtiéndolos en situaciones de desamparo. Si el término es ya de por sí indeterminado, contribuye aún más a tal indeterminación la necesidad de diferenciarlo de las situaciones de riesgo, fundamentalmente porque las medidas que han de adoptarse en uno u otro caso son diferentes y mientras que la situación de riesgo conduce a una necesaria actuación de la Administración para paliar la situación, poniendo medios para solucionarla sin asunción de la tutela, la declaración de desamparo provoca la asunción de la tutela y la suspensión de la patria potestad, con lo que ello lleva de privación a los padres de un derecho que sólo judicialmente debería quedar afectado, y sin auténticas garantías, como la realidad nos pone de manifiesto, de que con ello, a corto o largo plazo se esté beneficiando realmente al menor²⁰.

La Administración, las Entidades Públicas en muchas ocasiones, más de las que serían deseables, confunde ambos conceptos, como apunta precisamente la SAP Toledo de 21 noviembre 2006 de la que dimanar las actuaciones que conducen a la STS 31 julio 2009 y como ya se planteó la doctrina en relación con la STC de 20 de mayo de 2002²¹. El problema no

²⁰ A través de la distinción entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo, señaló DÍEZ GARCÍA, el legislador pretende arbitrar mecanismos diferentes de protección del menor. Y mientras que para la primera clase de circunstancias se prevé una intervención administrativa protectora y preventiva que no conlleva la separación del menor de su entorno familiar, para el segundo grupo se arbitran medidas jurídicas que suponen el alejamiento del menor de su familia. En consecuencia, se puede afirmar que únicamente será posible proceder a declarar el desamparo y, a asumir por tanto, la correspondiente tutela automática, cuando no sea factible adoptar otras medidas de protección que no impliquen la separación del menor de su entorno familiar. Este carácter subsidiario del desamparo se encuentra presente en la STC 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260) (DÍEZ GARCÍA H, «Desamparo de menores y acogimiento» (1999) Aranzadi Civil vol. III (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999. Bib1999/1429, pág. 8).

²¹ Ello resulta evidente de la lectura de la citada SAP Toledo de 21 noviembre 2006, al afirmar que la Administración, lejos de actuar como lo hizo, precipitando el acogimiento preadoptivo, debió adoptar las medidas necesarias para paliar la situación de la menor y permitir que el problema se solucionara dentro del entorno familiar. Ello, claramente implica entender, como se afirma, que en el supuesto planteado no nos encontrábamos ante una situación de desamparo, que requiere revista una mayor gravedad, sino ante una situación de riesgo.

Esta misma idea es la que mantiene creemos que acertadamente BARBER CÁRCAMO al referirse a la situación analizada y resuelta en la STC 20 mayo 2002 al señalar: «Para empezar, la situación concreta planteada parecía requerir de meras medidas de reparación del riesgo (vid. art. 12 LO 1/1996, del Menor [RCL 1996, 145]) dirigidas a la

se encuentra sólo en que la Administración lo haga, sino en que los propios tribunales lo amparen con sus resoluciones, arropados bajo el argumento de la protección del «interés superior del menor»²².

Baste con referirnos a algunos de los casos que aparecen a diario en la prensa, donde auténticas situaciones de riesgo, derivadas de la marginalidad de la familia biológica, carencias culturales de los padres, dificultades de socialización, pobreza extrema, han ido ganando terreno a los supuestos que, inicialmente, podían determinar la adopción de medidas protectoras (malos tratos, desestructuración familiar, prostitución...). El debate se extiende hoy a la situación de los menores con trastornos de la alimentación (obesidad, bulimia, anorexia...). El, no sé si primer supuesto, al menos el que más publicidad tuvo recientemente, fue el del menor Connnor McCreaddie, un niño británico de ocho años y casi 90 Kg de peso, de cuya guarda se intentó privar a su madre por los servicios sociales británicos, como consecuencia de la situación a la que estaba llegando la obesidad del menor. La Administración se planteó hacerse cargo del menor ante la negligencia de la madre²³. Saltó

rehabilitación de la madre, para la que el contacto con sus hijos era un factor fundamental. A lo sumo, habiendo optado el correspondiente organismo de la Junta de Andalucía por la vía más invasiva del desamparo, debería haberse acompañado de un acogimiento temporal, pendiente del curso de la progenitora, pero en ningún caso aparece justificada la suspensión de toda relación entre aquella y su hijos» (BARBER CÁRCAMO R. La subversión constitucional del acogimiento de menores. BIB 2002\2169. Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 17/2002 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002. pág. 15).

²² Fulminante resulta CARRASCO PERERA en su apreciación sobre la actuación de la Administración en relación con la declaración del desamparo a la que califica como de «...eclosión de hipocresía social...alarmante y desalentadora» para concluir que«...No hay acogimientos «con retorno». » (CARRASCO PERERA A, «Desamparados» Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 583 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003). Vid igualmente el comentario de BERCOVITZ R, precisamente en relación con otro de los supuestos que tuvo su resonancia pública en los medios, el de la llamada «Niña de Benamaurel (Granada) que fue objeto de disputas ante los tribunales sobre la base de un más que dudoso supuesto de declaración de desamparo acordada por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, ratificado no sólo por el JPI de Sevilla, por el Fiscal pero revocado por la AP de Sevilla por medio de de Auto de 3 de febrero de 2000 (AC/2000/56)(BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R, «¿Protección de menores «versus» protección de progenitores?» Aranzadi Civil vol. III (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999.

²³ La noticia saltó a la prensa en febrero de 2007 (Vid. Información de EL PAIS de 27 de enero 2007), y aunque la madre consiguió mantener la custodia de su hijo, se abrió un amplio debate, no sólo por el hecho de la medida que pretendía adoptarse, sino como consecuencia de la situación, alarmante, relacionada con el incremento de porcentaje de niños obesos, que, en el Reino Unido- referente en el caso concreto, había incrementado del 9,9% en 1995, al 13,4% en 2004.

igualmente a la prensa en marzo de 2007 otra noticia relacionada con este asunto, cuando los servicios sociales del Principado de Asturias, primer caso conocido en España después del planteado en Reino Unido, asumieron la tutela de un menor de diez años, bajo la guarda de sus abuelos, que llegó a pesar 100 Kg²⁴. Recientemente, y aún sin resolver, salta igualmente a los medios de comunicación la noticia del menor ourensano de 9 años a cuyos padres se les priva de la guarda del menor como consecuencia de su obesidad mórbica, que ha sido entregado recientemente a la Xunta de Galicia tras la intervención de la misma asumiendo la tutela automática del menor, y tras el auto del Juzgado de Familia de Ourense de 29 octubre por el que se atribuye la misma y confirma la declaración de desamparo del menor, sobre la base de que la resolución de desamparo «no se tomó por estética, sino porque había un grave riesgo para su vida, en base a los informes pediátricos»²⁵.

Ante cualquier atisbo de riesgo se actúa, porque además, la presión mediática cada vez es mayor y las consecuencias de un «error adminis-

²⁴ En este supuesto, según información aparecida en El PAIS de 30 de marzo 2007, se daba cuenta igualmente del incremento de supuestos de obesidad infantil, que afecta al 13,9% de la población entre 2 y 24 años, según datos de la Sociedad Española para el estudio de la obesidad. En EEUU el problema afecta a uno de cada 3 niños- unos 25 millones en total. Se daba cuenta igualmente de que las Autoridades de Albuquerque (Nuevo México, EEUU) retiraron la custodia de una menor a sus padres, porque con 3 años pesaba 54 Kg.

²⁵ La noticia aparece igualmente en los medios de prensa (Vid. Información de EL PAIS de 5 noviembre 2009), dándose cuenta de que, ante la negativa de los padres a entregar al menor se presentó por parte del fiscal jefe de la Audiencia de Ourense una querrela criminal contra los mismos por desobediencia y sustracción de menores.

En los momentos de cerrar el presente artículo, la situación, dentro del sistema mediático en el que nos movemos, llega al extremo de la intervención de los padres en programas televisivos de la denominada «prensa rosa».

La publicidad que a estos supuestos se les confiere hace que se convierta en objeto de debate público aquello que puede suponer situación de riesgo frente a la del desamparo, y que ello implique aún mayor presión para los órganos administrativos encargados de resolver.

En relación con este tema, Francisco Serrano Castro, Magistrado del Juzgado de Familia núm. 7 de Sevilla hizo, según información en prensa, unas declaraciones señalando que el trastorno en la alimentación puede indicar desamparo, abogando por que los trastornos de la alimentación (obesidad, bulimia, anorexia...) entre los niños puedan llegar a ser considerados como indicadores de que un menor se puede encontrar en riesgo de desamparo. 'Si los problemas se repiten y pueden provocar graves problemas de salud, también (en estos casos) podríamos encontrarnos en situación de desamparo', añadió el juez, quien pidió a las Administraciones que establezcan un 'denominador común' para poder determinar qué es una situación de desamparo (publicado en la versión digital de «La REGIÓN»-OURENSE-16 de noviembre 2009).

trativo» o de un problema familiar concreto se hacen eco público y se extienden como la pólvora, dando pie a que todo el mundo opine, valore y, lo que es peor, juzgue y condene. ¿Se debe actuar? Sí. Lo que ocurre es que cada situación requiere un tipo de actuación diferente, como la propia LO 1/1996 de protección del menor señaló...En esta línea argumentativa nos preguntamos cuál sería en los momentos actuales la situación de la menor, Aitana, fallecida en noviembre de 2009 en Tenerife como consecuencia, según los informes forenses, de una caída de un columpio, de no haberse producido el desgraciado fallecimiento y ratificarse la causa del fallecimiento por los forenses. Es fácil pensar, sin temor a equivocarse, que en la vorágine por «proteger a los menores y sus intereses», la menor, ante la presunción de malos tratos, abusos sexuales por parte de, en este caso la pareja sentimental de la madre, tampoco estuviese con sus padres, y hubiese comenzado un largo calvario de desamparo, tutela administrativa y posible acogimiento posterior²⁶.

Ante la indeterminación del concepto de desamparo, aderezada por la idea de proteger a toda costa el «interés superior del menor» en numerosos supuesto la intervención de la Administración no se limita a ser protectora sino ejecutora, lo que unido al transcurso del tiempo en la gestión de los procesos, tanto administrativos, como judiciales, provoca, indefectiblemente, la imposibilidad, de facto, del retorno de los menores a la familia de origen entre otras cosas. Y tal imposibilidad, por mucho que se quieran utilizar soluciones paliativas, como la prestación por equivalente, en modo alguno resarcen el perjuicio que con ello se ocasiona, no sólo a los padres/tutores, sino al propio menor.

Tal es el panorama que nos ofrece la realidad. Sin embargo podríamos ver la luz al final del túnel si tenemos en cuenta que quizá sobre la

²⁶ ¿Tiene un padre, que lleva a su hijo a urgencias por una caída por un golpe, que temer, sobre todo si su condición social y cultural se encuentra en el umbral de la pobreza y la marginación, que se inicie un proceso que pueda culminar con la suspensión de la patria potestad? ¿Y si los padres fuman en casa con riesgo para la salud de sus hijos, y si los padres superan los límites de velocidad al conducir con riesgo para la vida de los hijos que llevan dentro, y si los padres hacen públicos y airean la vida de sus hijos en los medios de comunicación ? Sirva como ejemplo la iniciativa, filtrada a la prensa durante el mes de septiembre de 2009, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, dirigida a la Fiscalía en relación con la vulneración permanente de la intimidad y la imagen de la hija de una conocida «famosa» de la prensa rosa de nuestro país, a la que según el Defensor del menor viene sometiendo sistemáticamente la misma en todos los programas de TV a los que acude.

Pero, añadimos, ¿se adoptan las mismas medidas cuando la intimidad de los menores que ser airea corresponde a la de hijos de familias relevantes, con medios económicos y poder social y político reconocido? Obviamente la respuesta es clara: No.

base de tal indeterminación inicial, afortunadamente las diferentes normas que en el ámbito de las Comunidades Autónomas se han ido aprobando en materia de protección de los derechos de menores y adolescentes, han ido especificando no sólo el posible contenido de las denominadas situaciones de desamparo, sino también marcando la diferencia entre tales situaciones y las de riesgo, lo que entendemos, podría permitir a la larga, que el margen de actuación de la Administración al declararlas, quede de alguna forma más delimitado²⁷, si se si-

²⁷ DIAZ GARCÍA analizó con gran detenimiento la interpretación que del «desamparo» han venido realizando no sólo los tribunales, sino las diferentes normas autonómicas sobre protección de menores, que como señala, han ido recogiendo la experiencia manifestada a través, a su vez, de las resoluciones judiciales en las que se aprecia esta circunstancia. Y en este sentido resumió en su artículo las diferentes situaciones consideradas en general como tal.

Sin embargo, como bien señala la autora, aun cuando el legislador autonómico pretenda concretar las causas que pueden conducir a una situación de desamparo, no puede eliminar la posibilidad de que existan otras, causadas por un imposible o un inadecuado ejercicio de los deberes de protección que pueden originar que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. Y quizá, apuntamos nosotros, este último supuesto es el que, sobre la base de la indeterminación apuntada, puede seguir provocando problemas de confusión entre la situación de desamparo y la de riesgo (Vid. DÍEZ GARCÍA H, «Desamparo de menores y acogimiento» (1999) Aranzadi Civil vol. III (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999. Bib1999/1429, págs. 2 ss).

Vid igualmente como relevante, en cuanto se recoge la más reciente jurisprudencia sobre el particular, el estudio jurisprudencial realizado por M. GARCÍA PASTOR, sobre la delimitación de las situaciones de desamparo y su configuración restrictiva, y análisis detallado de los supuestos en los que los tribunales han considerado que existía desamparo, frente a los que no lo existía pese a la declaración de la Administración (GARCÍA PASTOR M, «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172. págs. 171 ss. Comares 2009, pgs. 676 a 681).

En relación con el supuesto específico de las situaciones de riesgo y desamparo a la luz de la legislación catalana, resulta interesante el estudio de PADIAL ALBÁS A. «La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión social» (en. «Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia» (coord. por PADIAL ALBÁS, AM^a/ TOLDRA ROCA MD), (2007). Tirant lo Blanch, págs. 67 a 113.

Por otro lado, y dentro de las más recientes leyes autonómicas reguladoras de protección de la Infancia y la Adolescencia, se viene estableciendo una diferenciación, más o menos detallada entre los supuestos de riesgo y desamparo, enumerando en algunas de ellas situaciones que han de ser calificadas en uno u otro sentido. Entre ellas destacamos la **Ley 12/2001, de 2 de julio de Infancia y Adolescencia de Aragón** (La Ley 1233/2001), desarrollada por el **D. 190/2008 de 7 octubre (Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo)** (BOA 23 octubre 2008); **Ley 14/2002 de 25 julio. C. A Castilla y León de promoción, atención y protección a la infancia**(BOE 17 agosto), **D. 131/2003 de 13 noviembre por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo-** Castilla y León (BOCL 19 noviembre) y **D. 37/2006 de 25 de mayo por el que se**

gue manteniendo como parece, su competencia para declarar tales situaciones.

III. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS PADRES/TUTORES ANTE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. LA SITUACIÓN DE LOS ACOGEDORES EN EL PROCESO

El abanico de posibles actuaciones que se les abre a los padres o tutores del menor declarado en situación de desamparo, tras la reforma operada en el CC y la LEC por la Ley 54/2007 es de gran amplitud, como analizaremos a continuación. Se puede pensar sin embargo que si bien se han abierto puertas que estaban cerradas antes, o al menos poco claras, no con ello se confiere mayor claridad al proceso, antes bien, como tendremos ocasión de ir apuntando, puede convertir en aún si cabe más farragoso el sistema, sobre todo si tenemos presente que, en la mayoría de las ocasiones, el legitimado para tomar una u otra vía será persona de bajo nivel social, cultural y de condiciones económicas poco propicias.

Tras las diversas reformas que afectan directamente al desamparo de menores –Ley de 1987, LO de protección jurídica del menor de 1996, LEC 2000, y por último la señalada Ley 54/2007 de Adopción Internacional–, con la vigencia añadida de los preceptos reguladores de la Jurisdicción Voluntaria en la LEC 1881 –arts. 1825 ss., con exclusión del art. 1827–, las posibilidades de actuación con que cuentan los padres/tutores se amplían. Ahora bien, lo que no alcanzamos a entender es si tales vías se complementan, se superponen o solapan o, lo que es peor, entran o pueden entrar en clara contradicción²⁸.

regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo y desamparo–Castilla y León (BOCL 31 mayo); **Ley 3/2005 de 18 febrero. CA País Vasco de atención y protección a la infancia y la adolescencia** (BOPV 30 marzo); **LF 15/2005 de 5 diciembre de Navarra, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia**(BOE 2 enero 2006); **Ley 1/2006 de 28 febrero de CA La Rioja de protección de menores**(BOE 23 marzo); **Ley 17/2006 de 13 de noviembre de CA Islas Baleares de atención a los derechos de la Infancia y la Adolescencia** (BOE 13 diciembre); **Ley 12/2008 de 3 de julio de la CA Valenciana(de protección integral de la Infancia y la Adolescencia)**(BOE 19 agosto 2008).

²⁸ Sobre todo teniendo en cuenta que, como en el supuesto de la STS de 31 de julio de 2009, ha existido, equivocadamente entendemos, una tendencia a acumular en el mismo proceso los supuestos de oposición al desamparo, acogimiento y oposición al mismo que como veremos, ahora tienen señalados cauces procesales diferentes.

A tal situación añadiremos, en el juego de los intereses contrapuestos en el procedimiento, más bien en los procedimientos que se abren, el del **interés los acogedores**, a los se considera parte interesada en el proceso tras la STC 124/2002 de 20 de mayo, en relación con el polémico caso, del que ya hemos tenido ocasión de hablar y sobre el que entraremos después, de acogimiento de dos menores sevillanos en 1996, como consecuencia de una inadecuada e injustificada declaración de desamparo.

En todo caso y centrándonos en las posibilidades de actuación de los padres o tutores, varias son las vías que se abren y que iremos analizando:

a) La primera referencia que encontramos –**art. 172. 3. pfo. segundo**–, que no necesariamente la primera vía a la que pueden acudir los padres alude a la posibilidad de los padres o tutores de **oposición a la resolución administrativa que acuerde el acogimiento, cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor, o si existen dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas**. *El plazo para formular tal oposición es de dos meses, se entiende que desde el momento en que la misma se adopte.*

El acogimiento al que se refiere es, tanto el familiar como el residencial y tanto si deriva de la guarda asumida a petición de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley. (El citado párrafo del núm. 3, art. 172 se introduce por la Ley 54/2007).

b) El **art. 172. 6. CC**, por su parte, se refiere a la **posibilidad de recurrir, ante la jurisdicción civil, las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en el plazo y condiciones determinados por la LEC**. Remisión que, como veremos, se hace hoy a los arts. 779 y 780 LEC. *El plazo para recurrir la declaración de desamparo será de tres meses, y de dos para el resto de las decisiones que se dicten en materia de protección de menores.* (El citado párrafo 6 del art. 172, así como la actual regulación de los preceptos procesales, obedecen hoy a la reforma operada por la Ley 54/2007, teniendo en cuenta, no obstante, que la posibilidad del recurso de tales resoluciones, sin la mención explícita a la LEC, estaba ya prevista tras la reforma del artículo por la LO 1/1996. En 1987 no se hacía alusión al tema expresamente).

c) El **art. 172. 7. CC**, prevé la posibilidad de pedir **la revocación de la declaración de desamparo y el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad por cambio de circunstancia, así como la oposición a las medidas que se adopten en relación con los menores**. *El plazo para tal*

petición es de dos años desde la notificación de la resolución administrativa correspondiente (El citado pf. 7 se introduce igualmente por la Ley 54/2007).

d) El art. 173. 3 CC, regula por su parte la posible **oposición al acogimiento familiar acordado por la Entidad Pública. En tal caso el acogimiento sólo se podrá acordar por el Juez**. Para la constitución del acogimiento habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 1828 LEC 1881 (La norma sustantiva debe su redacción a la LO 1/1996, a la que resulta aplicable la LEC de 1881).

A simple vista, el juego de diferentes recursos, fruto de diferentes reformas avaladas por motivaciones diversas (aunque sobre la premisa fundamental del interés superior del menor), en diferentes momentos temporales, y sobre la base de una normativa procesal también diversa, creemos que da como resultado un panorama, cuanto menos poco esclarecedor²⁹.

Analicemos cada una de las vías señaladas.

3. 1. Oposición a la resolución administrativa que acuerde el acogimiento, cuando se considere que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor, o si existen dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas. (Art. 172. 3. pfo. 2º)

Esta opción que se confiere a los padres o tutores se introduce con la reforma del CC por Ley 54/2007, conforme a la cual aquéllos, tanto

²⁹ Piénsese, a modo de ejemplo, en la situación de unos padres a los que se les suspende del ejercicio de la patria potestad, como consecuencia de la declaración de desamparo de su hijo, con la consiguiente asunción de la tutela automática por parte de la administración y declaración de acogimiento derivado de la tutela automática asumida por la Entidad Pública, que cuentan con un plazo de tres meses para oponerse a la declaración de desamparo y tan sólo con dos para, conforme al art. 172. 3 pfo segundo, manifestarse en contra de la modalidad de acogimiento elegido por la entidad, bien entendido que, además, pueden oponerse al acogimiento como tal, por unos cauces procesales diferentes a los previstos para los otros dos supuesto de oposición. Para un jurista resulta harto difícil comprender y coordinar tales procesos. Posiblemente no sea otra la situación en la que se encuentre un padre con escasos recursos y medios socio-culturales para enfrentarse a tal batería de opciones. Para quien pretenda retrasar el proceso porque el tiempo juegue a su favor, el camino desde luego queda abierto y con grandes posibilidades de éxito.

Véase un reflejo de lo que se indica en el relato de hechos que dan lugar al AUTO TC de 13 de febrero de 2009 (RTC/2009/47) donde las maniobras dilatorias de los «padres de acogida» se ponen de manifiesto claramente, apoyadas por la suerte de posibles recursos utilizados para retrasar la ejecución de una resolución por la que se desestimaba el desamparo de un menor, que debía por tanto reintegrarse progresivamente al hogar de su familia biológica.

si la guarda de los menores ha sido asumida a solicitud de los padres o tutores, como en los supuestos de asunción por ministerio de la Ley, podrán oponerse al acogimiento familiar o residencial acordado si consideran que la modalidad acordada no es la adecuada o existen personas dentro del círculo familiar más idóneas a las designadas. No implica, o no ha de implicar necesariamente que los padres o tutores se opongan o no consientan el acogimiento acordado, fundamentalmente porque la opción se confiere no sólo, como prevé la norma a quienes se les suspende en el ejercicio de la patria potestad por ministerio de la Ley, con la asunción automática de la tutela, sino también a quienes voluntariamente solicitan tal asunción por circunstancias graves que impiden cuidar al menor. Ello supone que, tanto en uno como en otro caso, los padres/tutores pueden estar de acuerdo con el acogimiento pero no con la modalidad acordada o con la persona designada como acogedor. En este caso la situación no resultaría compleja, más allá de determinar el proceso, administrativo o judicial a seguir para la tramitación de tal oposición.

Problema diferente se plantea cuando el acogimiento acordado sea consecuencia de la asunción de la tutela automática por ministerio de la Ley y derivada de una declaración de desamparo del menor y los padres/tutores no sólo difieran de la modalidad de acogimiento adoptado, sino, o antes que ello, o fundamentalmente, del hecho mismo que origina tal acogimiento, esto es, de la declaración misma de desamparo, asunción de tutela automática y suspensión del ejercicio de la patria potestad, para cuya oposición, como analizaremos en el apartado siguiente, cuentan con un procedimiento regulado específicamente en otro apartado del citado art. 172 CC.

El plazo con el que cuentan para la primera «oposición» es de dos meses. El plazo para el de la segunda «oposición» es de tres. El primer plazo viene dado por lo dispuesto en el propio art. 172, el segundo por la remisión que el pfo. 6 del art. 172 hace a la LEC y por tanto a lo dispuesto en el art. 780 LEC 2000. A mayor abundamiento podemos pensar que el plazo de oposición previsto en el art. 172. 3 pfo. segundo, nos situaría igualmente en el art. 780 LEC, cuando se refiere a la posibilidad de oponerse –en plazo de dos meses– a las «restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores». Y esta, la de fijar una modalidad determinada de acogimiento, sería una de tales resoluciones. Y, por otro lado, implicaría igualmente, que el procedimiento a seguir ante este tipo de oposiciones, sería el mismo que el fijado para la oposición a la declaración del desamparo previsto en los arts. 779 y 780 LEC.

¿Implica esto que los padres/tutores que se opongan a «la mayor», esto es, a la declaración del desamparo, sólo deben o pueden recurrir éste? ¿Es posible o necesario en tales casos recurrir a las dos vías, considerando excluyente una frente a la otra –la impugnación del desamparo frente a la de la modalidad de acogimiento?

3. 2. *El recurso contra la decisión que declara el desamparo. Art. 172. 6 CC en relación con el art. 779 y 780 LEC tras la modificación de los mismos operada por Ley 54/2007, de 28 diciembre de Adopción Internacional. Oposición a la declaración de desamparo, tutela automática y suspensión de la patria potestad*

La posibilidad de plantear **oposición a la declaración de desamparo**, asunción de la tutela automática por la entidad pública y consiguiente suspensión de la patria potestad se regula por primera vez en el CC tras la reforma operada en el ART. 172 por la LO 1/1996. Así, el art. 172. 6 CC³⁰ permite que las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sean recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa³¹. Hasta este momento, y bajo la regulación conferida al precepto por la Ley 21/1987, no existía una referencia expresa al procedimiento a seguir por parte de los padres, guardadores o tutores frente a la declaración de desamparo, lo que fue objeto no sólo de críticas por parte de la doctrina sino también de posturas divergentes en cuanto al cauce procesal que debería seguirse al respecto³².

³⁰ Según redacción del mismo tras las modificaciones fijadas en Disp. ad. 1ª y 3ª, disp. transitoria y disp.... final 20 de citada LO 1/1996.

³¹ Analiza DÍEZ GARCÍA la situación en los primeros momentos de aplicación del precepto, dando cuenta de la existencia, pese a la exclusión explícita de la jurisdicción administrativa, de resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa en las que se constató el desamparo de un menor y se decretó su acogimiento. La situación de la atribución del enjuiciamiento de estos asuntos a uno u otro orden jurisdiccional no fue en principio pacífica, como estudia la autora a través de diferentes resoluciones lo que provocó que la cuestión llegara a la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (Auto de 9 de julio de 1997 [RJ 1998, 1571]). (DÍEZ GARCÍA H, «Desamparo de menores y acogimiento» (1999) Aranzadi Civil vol. III (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999. Bib1999/1429, pág. 16 y nota 31).

³² Analiza con gran detenimiento BALLESTEROS DE LOS RIOS la situación que se planteaba en este punto con la Ley 21/87 de 11 de noviembre, señalando ya entonces que se debería haber regulado un procedimiento específico para canalizar la oposición de los padres o guardadores a la medida adoptada. Igualmente se estudian con gran

Analizaremos la oposición al desamparo teniendo en cuenta las diferentes fases por las que ha pasado como consecuencia de las diversas modificaciones tanto sustantivas como procesales.

La LO 1/1996 modificó el art. 172 introduciendo en un nuevo pfo. 6, la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción civil las resoluciones que aprecian el desamparo, prescindiendo por tanto en este momento del recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otro lado la D. ad. 1ª 2º, de la misma LO., remitía a las normas de jurisdicción voluntaria la resolución de los procesos sobre oposición al desamparo, asunción de la tutela por ministerio de la ley e idoneidad de los solici-

detenimiento las soluciones que la doctrina consideraba aplicables al supuesto. Desde la aplicación de la D. Transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que se remitía a la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria, aunque existieron algunas dudas sobre su aplicación tras la reforma operada en la LEC por Ley de 6 de agosto de 1984. Igualmente se apuntaba que debería ser de aplicación lo dispuesto en la D. adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del CC, en materia de tutela, que igualmente remitía al procedimiento de jurisdicción voluntaria, en tanto en cuanto la oposición de los padres al desamparo suponía revocación de la tutela automática y por tanto revocación de un cargo tutelar. No obstante se planteaba también por la doctrina (tal es la postura de EGEA I FERNÁNDEZ) como posible procedimiento el del juicio verbal, por la simplificación de su tramitación y por ofrecer más garantías que el de jurisdicción voluntaria, aunque para BALLESTEROS tal proceso estaba previsto para un supuesto muy puntual en materia de adopción (art. 1827. 2 LEC 1881).

Analizaba igualmente BALLESTEROS los problemas derivados del recurso al proceso de jurisdicción voluntaria, fundamentalmente la dilación y la inseguridad que el mismo creaba, apuntando no obstante que el problema de inseguridad, en alguna medida podría tener solución si nos ateníamos a la citada D. Transitoria 10ª de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, conforme a la cual en el indicado procedimiento los recursos se admitían a un solo efecto, no produciéndose el efecto suspensivo, lo que implicaba el mantenimiento de la declaración de desamparo de la Entidad Pública hasta que recayese resolución judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese recaer posteriormente sobre la Entidad Pública.

Resultó relevante en este tema, y así lo apunta la propia BALLESTEROS, la STC. 298/1993 de 18 de octubre (Ar. TC 1993/298), en el que se denegó el recurso de amparo contra un auto dictado por el JPI de Almería en 1991, confirmado por la AP, que desestimaba la oposición formulada contra la resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que acordó declarar el desamparo de un menor, la asunción de su tutela y promover el acogimiento familiar del mismo. El amparo se solicitaba por vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa. El TC, puso de manifiesto en la sentencia la ausencia de regulación específica en la Ley 21/87 sobre el procedimiento a seguir por parte de la madre biológica, frente a la declaración de desamparo por parte de la Entidad Pública, aunque no correspondía al TC determinar el cauce procesal a seguir. (Vid. BALLESTEROS DE LOS RÍOS M, «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas» (1997). Tecnos, págs. 145 a 155).

tantes de adopción³³, remisión que se hacía igualmente en la D. adicional 3ª para las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del CC, entre las que se encontraría precisamente la revocación de la tutela automática declarada por la Entidad Pública, considerada efectivamente como verdadera tutela³⁴.

La remisión hecha por tanto a las normas de jurisdicción voluntaria, cuando aun no existía la LEC 2000, implicaba por tanto la aplicación de las normas previstas en la LEC 1881, (arts. 1811 ss. con carácter general y específicamente los arts. 1825 a 1828 LEC), conforme a la redacción otorgada a los mismos por la Ley 21/87³⁵, que establecía para tal tipo de procesos el cauce de la jurisdicción voluntaria, por mucho que en las mismas no se hiciera mención alguna de las actuaciones en materia de oposición al desamparo sino tan sólo al acogimiento y la adopción. En el caso de la oposición a la declaración de desamparo o la asunción de tutela automática por las Entidades Públicas, por la remisión anteriormente señalada, la regla especial aplicable, pese a no espe-

³³ Como apunta CABEDO MALLOL, con esta remisión el legislador rellenaba una laguna existente tanto en la Ley 21/87 como en la propia LEC de 1881, sobre el cauce procesal pertinente para resolver la oposición a tales resoluciones administrativas. No se resuelve sin embargo, apunta, el problema de si era aplicable o no la salvedad establecida en el art. 1827 LEC, en los casos de oposición al acogimiento, aunque mayoritariamente se pensaba que el precepto sólo era aplicable a los supuestos de oposición a la adopción y no al acogimiento.

Sin embargo, el AUTO TC. 104/2005 de 14 de marzo, dictado en relación con un acogimiento familiar preadoptivo consideró inquestionable la aplicación del art. 1827 LEC a un procedimiento de acogimiento iniciado antes de entrar en vigor la LEC, por lo que, ante la oposición del padre biológico al acogimiento se estimaba que, tal y como regulaba la norma procesal, cabría la interrupción del proceso y la celebración del correspondiente juicio verbal (CABEDO MALLOL V, «Marco constitucional de la protección de menores» (2008) La Ley, pgs. 81 y 82).

³⁴ Así lo apunta BALLESTEROS DE LOS RIOS, que igualmente resalta el valor de la D. Final 20 de la LO 1/1996, al atribuir al Ministerio Fiscal competencia para velar para que, ante diferentes impugnaciones frente a las resoluciones de las entidades públicas, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que surjan en relación con el mismo menor, lo que permitía por tanto que el fiscal solicitase bien la acumulación de procedimientos, bien la suspensión de uno hasta la resolución de otro. Ob. cit. págs. 156-157. Vid igualmente DÍEZ GARCÍA. Ob. cit. pag. 17.

³⁵ Precisamente la L 21/1987 de 11 de noviembre introdujo en su art. 7 una modificación de la LEC 1881, dando una nueva redacción al libro segundo del título tercero de la misma «Del acogimiento de menores y la adopción» (arts. 1825 a 1831), dentro del procedimiento de jurisdicción voluntaria (Libro III) (Vid. al respecto el amplio comentario que sobre los preceptos reformados hizo VARGAS CABRERA B, (19948) «La protección de los menores en el Ordenamiento Jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Autonómica e Internacional». Comares (1994), págs. 319 a 376).

cificarse explícitamente en la norma procesal, como regla especial para los procesos de jurisdicción voluntaria en relación con el «Acogimiento de menores y adopción» (Tit. III, del Libro III), sería el art. 1827 conforme al cual, en caso de oposición de algún interesado no sería de aplicación lo dispuesto en el art. 1817, salvo en el supuesto de oposición por parte de los padres derivada de la consideración por su parte de la necesidad de asentir a la medida adoptada y no ser meramente oídos (supuesto éste que no es al que nos referimos ni se refería el art. 172. 6 CC, porque se refiere al asentimiento en la adopción). Y no podía ser otro, quizá, porque en una norma procesal, como la LEC de 1881, no podía recogerse, o al menos no se hizo en la reforma de 1987, una solución procesal a un problema que sustantivamente era inexistente cuando se redactó, fundamentalmente porque no estaba previsto en el CC el recurso contra las decisiones que aprecien el desamparo y asunción automática de la tutela sino tan sólo los supuestos de oposición al acogimiento previstos en el art. 173 CC. Es la ya citada D. adicional primera de la LO 1/1996 de 15 de enero la que amplía la aplicación de la norma procesal a los supuestos de oposición al desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley³⁶.

³⁶ Interpretando el art. 1827 LEC, VARGAS CABRERA aboga por el ejercicio de la oposición dentro de los trámites del propio procesos de jurisdicción voluntaria, consecuencia que se extrae de la exclusión explícita a tales procesos de lo dispuesto en el art. 1817 LEC (regla general en los supuestos en los que un proceso de jurisdicción voluntaria se convertía en contencioso al promoverse oposición por parte de alguno de los que tuvieran interés en el proceso), conforme al cual, la oposición del interesado convierte el expediente en contencioso, sometiéndose a los trámites establecidos conforme al juicio que corresponda según la cuantía. Aplicar el art. 1817 implicaría ventilar el proceso por los cauces procesales del Tit. II del Libro II y supondría, apunta: *...que el interesado que se opone no puede ejercitar sus pretensiones hasta que aquellos finalicen por resolución judicial firme, estando condenado mientras tanto a la inactividad procesal...*» (VARGAS CABRERA B, (1994) «La protección de los menores en el Ordenamiento Jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Autónoma e Internacional». Comares pgs. 349-350).

El problema, no resuelto por la LO 1/96, como apuntaba DÍEZ GARCÍA, era determinar el cauce procesal adecuado para ventilarse la oposición a esta medida jurídica de protección. El problema radicaba en determinar si el artículo 1827 LECiv era o no aplicable al acogimiento. Este precepto disponía expresamente que en el caso de que se suscite oposición por parte de algún interesado resulta inaplicable la previsión contenida en el artículo 1817 LECiv y, por tanto, no se convierte en contencioso el expediente, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparezcan alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso la oposición debe ventilarse por los trámites del juicio verbal. Según la autora el art. 1827 LEC se refería exclusivamente a la adopción y no al acogimiento. Había que tener en cuenta que para constituir un acogimiento familiar en vía administrativa se exigía el consentimiento de los padres o del tutor. Si éste no

Vigente la redacción conferida al art. 172. 6 en 1996, se introduce una alteración en el sistema, como consecuencia de la nueva regulación que procesalmente se confiere al tema en la LEC 2000. Se regula específicamente por primera vez un procedimiento concreto para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el previsto en los arts. 779 y 780 LEC. Por su parte, la Ley 54/2007 de 28 diciembre de Adopción Internacional modifica nuevamente el contenido de los citados preceptos del CC y de la LEC: Por un lado en cuanto se refiere al trámite de oposición, el art. 172. 6, al señalar que las resoluciones que aprecien el desamparo...serán recurribles ante la jurisdicción civil «...en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil...», por otro, al modificar igualmente el contenido de los arts. 779 y 780 LEC.³⁷

Con la Ley 54/2007 se modifica el sistema anterior, al otorgar, por un lado, **carácter preferente a los procesos en los que se sustancie oposición** a las medidas administrativas sobre desamparo; y por otro, **al establecer plazos para formular oposición** a la declaración de desamparo y declaración de asunción de la tutela administrativa por ministerio de la ley³⁸ que en la LEC 2000 en su redacción originaria no se establecían.

Así, se fija un plazo de tres meses para oponerse a la declaración de desamparo, y de dos para el resto de las medidas que se adopten en materia de protección de menores. La competencia, conforme al pfo. 2

concorre, la cuestión se traslada al ámbito judicial en cuyo seno el Juez puede decretar la constitución del acogimiento familiar a pesar de que no concurra el consentimiento de aquéllos. Por tanto, carecía de sentido la referencia al asentimiento que este precepto realiza. Por ello, tampoco era necesario que se abriera un incidente para decidir si los padres o el tutor asienten o no. (Ob. cit pág. 18). Vid igualmente nota 33 en relación con este tema.

El problema en este punto se encuentra en que, si ya resultaba discutible la aplicación del art. 1827 LEC a los supuestos de oposición al acogimiento, mayor dificultad tenía considerarlo aplicable a la oposición al desamparo que, como hemos señalado, era una opción no prevista cuando se redactan los preceptos procesales.

³⁷ Vid sobre la nueva regulación del tema, CABEDO MALLOL V, «Marco constitucional de la protección de menores» La Ley (2008), págs. 83 ss.

³⁸ Como señalaba PÉREZ MARTÍN al comentar precisamente el texto de los citados preceptos procesales conforme a la redacción original en la LEC (2000), al no señalarse plazo para la oposición por parte de los padres, ni en la norma procesal ni en la civil, cabía deducir que sería procedente dicha oposición desde que se dictase la resolución de desamparo hasta que fuese firme el auto de adopción (PÉREZ MARTÍN J, «Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (En El Derecho de Familia y Sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) (2001) Lex Nova, pág. 229).

del art 779 LEC le corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora, y en su defecto, o en los supuestos a los que se refieren los arts. 179 y 180 (exclusión y privación de las funciones tuitivas del adoptante por incurrir en causa de privación de la patria potestad o extinción de la patria potestad a petición del padre o la madre que sin culpa suya no hubieran intervenido en el expediente de adopción en los términos expresados en el art. 177), al del lugar del domicilio del adoptante.

En cuanto a la Legitimación para oponerse a tales medidas, de los preceptos procesales indicados no cabe deducir quién o quiénes están legitimados activa o pasivamente, deduciendo no obstante del contenido de los preceptos sustantivos (art. 172 ss. CC) y de las circunstancias que de ellos derivan (suspensión de patria potestad, pérdida de la misma, petición de guarda durante un tiempo determinado, petición de acogimiento familiar...), que la ostentan tanto los padres biológicos como adoptivos y tutores. Siendo en todo caso parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 749. 2 LEC, el Ministerio Fiscal.³⁹

El proceso se inicia mediante la presentación del correspondiente escrito por el que se impugne la declaración de desamparo, asunción de tutela por la administración y suspensión de la patria potestad. El órgano judicial reclamará por término de 20 días a la entidad protectora testimonio del expediente completo y una vez presentado se dará traslado al actor emplazándole para que formule demanda en 20 días⁴⁰.

³⁹ Señala PEREZ MARTÍN que si bien no existe ningún tipo de dudas sobre la legitimación de los padres biológicos, los adoptivos, los tutores y el Ministerio Fiscal, surgen más dudas en la inclusión de los guardadores de hecho del menor declarado en situación de desamparo. Señalando al respecto que si bien en el art. 172 CC se incluyen como personas a las que se debe notificar tal declaración, la jurisprudencia menor les viene negando legitimación para oponerse a la resolución de desamparo, ya que, señala, la declaración de desamparo supone la suspensión de la patria potestad, y por analogía la suspensión y/o extinción de la guarda de hecho. Señalando igualmente que tampoco el art. 1828 LEC contempla la intervención de los guardadores de hecho ni para la constitución ni para el cese del acogimiento. (ob. cit. pág. 230).

⁴⁰ Señala PÉREZ MARTÍN, que si no se presenta demanda en el plazo señalado de 20 días, aunque no se contemple esta posibilidad en la norma, habrá que considerar tal conducta como un desistimiento a la oposición y por tanto procedería dictar auto de sobreseimiento.

En cuanto al contenido y extensión de la demanda, apunta el autor, que pese a la remisión que se realiza al art. 753 LEC, la formulación de la misma debería aproximarse más a las exigencias de forma de la demanda en el juicio ordinario, fundamentalmente porque si la demanda es sucinta, como fija el citado precepto procesal, se estaría duplicando la demanda con el escrito de oposición inicial, que igualmente, se exige exprese sucintamente la pretensión y la resolución a la que se opone. (ob. cit. pág. 230).

El procedimiento, conforme a lo previsto en el art. 780. 3 LEC, seguirá los trámites del juicio verbal, por la remisión que se hace al art. 753 L.E.C.⁴¹

Con la reforma procesal acometida en los arts. 779 y 780 por Ley 54/2007 se pretende agilizar al máximo los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y quizá ello se consiga fundamentalmente al haber otorgado carácter preferente a tal tipo de procesos, pero, mantenemos serias dudas sobre el mismo nivel de eficacia y agilidad por el hecho de haber establecido/reducido los plazos para impugnar las citadas resoluciones pues, como se indicó más arriba, el art. 780 LEC, al no señalar plazo inicialmente para la oposición, le otorgaba tal posibilidad a los padres biológicos desde el momento de la notificación de la resolución administrativa hasta el momento de la firmeza del auto de adopción.

Pues bien, ¿qué implicaba, bajo la vigencia de la LEC 2000, la ausencia de referencia explícita a los plazos de oposición a las medidas administrativas? ¿La ausencia de tal señalamiento es lo que, en definitiva determinaba, o podía determinar un largo proceso? ¿Se nos quiere hacer pensar que el retraso injustificado en la tramitación de los procesos tenía su origen en que los padres, suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, dilataban el proceso porque interponían sus reclamaciones transcurrido un largo periodo de tiempo? ¿No parece más acorde pensar que, el señalamiento de tales plazos se fija para garantizar una vía de exoneración de responsabilidad de la administración cuando los padres recurren en fuera de los mismos?

La respuesta a estas cuestiones podrá darse si tenemos presentes los auténticos problemas que se plantean en los procesos de declaración de desamparo, asunción de tutela por ministerio de la ley y suspensión de patria potestad: a) Que la declaración de desamparo sea revocada, y el menor haya de retornar a la familia de origen: el problema

⁴¹ Vid. CORTÉS DOMINGUEZ V, MORENO CATENA V. » La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Tomo V. Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades» (2000) Tecnos. Págs. 111-112-; PÉREZ MARTÍN J, «Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (En El Derecho de Familia y Sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) (2001) Lex Nova, pág. 230.

Vid igualmente SERRANO MASIP, M, que hace una valoración positiva del cambio de procedimiento establecido a partir de la reforma con la remisión a las normas del juicio verbal (SERRANO MASIP, M. »La protección del menor en situación de riesgo o desamparo por los órganos judiciales: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria» (en «Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia» (coord. por PADIAL ALBÁS, AM^a / TOLDRÀ ROCA MD), (2007). Tirant lo Blanch, págs. 165 a 167).

deviene tal, cuando el transcurso del tiempo supone un perjuicio para el menor, para la familia de acogida y para la familia biológica –el tiempo perdido difícilmente es recuperable pese a que pretenda paliarse con indemnizaciones sustitutorias–; b) Que la declaración de desamparo adquiere firmeza, tras un largo proceso, en el que la consolidación del acogimiento responda, en gran medida, al largo periodo de tiempo transcurrido en el que el menor ha permanecido, de manera estable, con una familia de acogida (supuesto que, creemos, se produce precisamente en la STS de 3 julio 2009). Común a ambas situaciones: el retraso en el proceso, administrativo/judicial. ¿Esta situación se solventa con las modificaciones realizadas por la Ley 54/2007 en las normas procesales? Creemos que no, pero justificaría que en aquellos casos en los que la familia biológica no haya presentado recurso en plazo conforme dispone la nueva regulación LEC, existirá un argumento para evitar, por parte de la resolución judicial la indemnización a cargo de la Administración que pudiera ser condenada por haber determinado una situación de desamparo que posteriormente se modifica, como ocurre en el Auto de la AP Sevilla de 30 de diciembre de 2005.

Acertado resulta dar carácter preferente a tales procesos, pero sin embargo parece dudoso que el señalamiento de plazos para oponerse a la resolución administrativa de desamparo y suspensión de la patria potestad pueda resultar una solución al inadecuado funcionamiento del sistema en este punto en concreto. Lo que procede revisar realmente no es sólo o tanto, el funcionamiento del proceso, sino los criterios y situaciones que determinan la declaración de desamparo y consiguiente retirada de los menores de la guarda de sus progenitores⁴². Cómo se actúa en ese momento inicial es lo que, a nuestro entender, comienza a resultar discutible: la flexibilidad de supuestos que pueden determinar la declaración, la proliferación de situaciones, como hemos comentado anteriormente, que están provocando tales declaraciones al amparo de

⁴² La modificación introducida en el art. 172, responde, conforme señaló DE LA OLIVA VAZQUEZ (ob. cit. pg 245) a la solicitud de diferentes sectores, entre otros, los responsables políticos de los servicios sociales. Responde, apunta el autor, a la situación creada como consecuencia de determinados supuestos en los que el sistema de protección de la infancia no ha funcionado, sobre todo, por la lentitud de la tramitación en los juzgados. El autor, cuyo comentario se produce antes de que se introdujese la modificación en el CC, dudaba de que el establecimiento de plazos fuese la solución adecuada, considerando que lo más adecuado sería dotar a los servicios sociales del personal y los medios adecuados para intervenir en el seno de las familias con carencias con respeto al principio de proporcionalidad de las medidas de protección, dando carácter preferente a tales procesos y reduciendo su duración.

un concepto tan amplio como indeterminado bajo el que cabe todo, «el interés superior del menor»⁴³, la, en la mayoría de supuestos falta de información, conocimientos y nivel cultural que rodea a los padres biológicos que se ven sumidos en la adopción de una medida cuyo alcance desconocen. Bajo la premisa de la necesaria y urgente actuación respaldada por el omnicompreensivo «interés del menor», puede producirse una auténtica vulneración de un derecho fundamental, no sólo de los padres biológicos, sino del propio menor cuyo interés se invoca precisamente derivada de la actuación de la Administración, sin mandamiento judicial de tipo alguno. Sería necesario, apunta DE LA OLIVA⁴⁴, un control judicial, que se restringe sin embargo, al quedar la decisión en manos de la Administración. ¿Qué soluciona que se establezca un plazo breve para la oposición? ¿Es que antes no podía oponerse el progenitor al día siguiente de notificársele la declaración de desamparo? ¿Al establecer un plazo de tres meses, queda santificada una declaración de desamparo por el hecho de que los padres no interpongan su recurso en ese plazo? ¿Qué ocurre si, pasados los tres meses el padre biológico quiere oponerse a la medida adoptada, suponiendo que hasta ese momento no haya podido recabar la documentación, por ejemplo en que pretenda amparar la razón de su oposición?

3. 3. Oposición al acogimiento. Constitución judicial del mismo

3. 3. 1. Como se ha señalado en otro momento, hasta la reforma que se opera en el CC por la LO 1/1996, la única referencia que se hacía en el CC a la posibilidad de actuación por parte de los padres/tutores frente a la declaración de desamparo y acogimiento de un menor, aparecía en el art. 173. 3, con referencia a la **oposición al acogimiento**, señalándose que en tal caso, o cuando no se prestase el consentimiento al acogimiento, éste sólo podría ser acordado por el juez en interés del

⁴³ Sobre el particular es fundamental el análisis de la obra de RIVERO HERNANDEZ, F «El interés del menor». Dickinson (2000), donde se hace un exhaustivo análisis no sólo de concepto sino entrando en cada una de las esferas donde prevalece o ha de prevalecer el mismo. Vid igualmente CAMPS MIRAVET N, «El principio de interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno» (en. «Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia» (coord. por PADIAL ALBAS, AMª / TOLDRÁ ROCA MD), (2007). Tirant lo Blanch, págs. 17 a 40 y CABEDO MALLOL V, «Marco constitucional de la protección de menores» (2008) La Ley, págs. 39 a 43.

⁴⁴ Vid nota 42.

menor, conforme a los trámites de la LEC. El precepto, invariable en este punto desde la redacción que le confirió la reforma de 1987, se remite en cuanto a la tramitación del procedimiento judicial que ha de seguirse, a los trámites de la LEC. Si bien tal remisión no ha variado con ninguna de las reformas del art. 173, lo que sí ha variado ha sido el contenido concreto de las normas procesales aplicables de la L. E. C.

Resulta evidente que, cuando el art. 173. 3 se remitía, tras las reformas de 1987 y 1996 a la LEC, lo hacían básicamente a las reglas contenidas en el Título II, del Libro III de la LEC de 1881 –arts. 1825 a 1828–, preceptos introducidos precisamente en la reforma que se produce con la Ley 21/87.

El procedimiento establecido para constituir el acogimiento, cuando fuese necesaria decisión judicial, era el establecido en el art. 1828, como supuesto especial de los procesos de jurisdicción voluntaria⁴⁵, situación ésta que se dará como subsidiaria de un acogimiento administrativo previamente intentado y frustrado por la oposición o incomparecencia de padres o tutores⁴⁶. Ahora bien, en el caso de plantearse oposición al acogimiento por parte de alguno de los interesados, resultaba aplicable el art. 1827 LEC, conforme al cual no sería de aplicación la norma general prevista en el art. 1817 para el caso de oposición, salvo en el supuesto de que citados los padres para audiencia, comparecieran alegando la necesidad de su asentimiento, en cuyo caso se interrumpía el expediente y la tramitación se ventilaba ante el mismo juez por los trámites del juicio verbal. En este caso, como apuntaba VARGAS CABRERA, la oposición debía plantearse en el mismo proceso de jurisdicción voluntaria⁴⁷.

3. 3. 2. Vigente la regulación que al art. 173 le confieren la reforma llevada a cabo por la LO 1/1996, se produce, sin embargo, una nueva alteración en el sistema, fruto de la modificación procesal que supone la entrada en vigor de la nueva LEC de 2000, a la que conviene hagamos una mención explícita.

Intentaremos para ello analizar el panorama legal que se dibuja entre la entrada en vigor de la LEC 2000 y la modificación que, tanto en el CC como en la propia LEC se introduce en la L. A. I de 2007⁴⁸:

⁴⁵ Vid. DÍEZ GARCÍA H, Ob. cit pág. 14.

⁴⁶ VARGAS CABRERA B, ob. cit. págs. 357 a 360.

⁴⁷ Vid notas 35 y 36.

⁴⁸ Panorama que es precisamente en el que se desarrollan los hechos y el proceso que da pie a la STS 31 de julio de 2009.

A) Por un lado, **desde un punto de vista sustantivo**, el art. 173 CC, a la entrada en vigor de la LEC 2000, establecía la posibilidad de oposición al acogimiento por parte del tutor o de los padres que no hubieran sido privados de la patria potestad. En tales casos, cuando aquél o éstos se opusieran al acogimiento o no comparecieran a consentirlo, sólo cabría el acogimiento por decisión judicial, conforme a los trámites establecidos en la LEC.

B) **Desde un punto de vista procesal**, en este momento, a la entrada en vigor de la LEC 2000, los preceptos específicos reguladores de la materia eran, por un lado, y de conformidad con lo dispuesto en la D. Derogatoria única de la LEC 2000, las normas contenidas en el Libro III de la LEC 1881, reguladora de la Jurisdicción voluntaria, hasta tanto no se aprobase una nueva Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, con excepción hecha, en cuanto nos interesa, del art. 1827, anteriormente citado, que quedaba expresamente derogado y que como vimos, regulaba el procedimiento a seguir en caso de oposición de algún interesado en el proceso de acogimiento de menores y adopción, y que se había entendido como aplicable precisamente en los casos de oposición al acogimiento cuando estaba en vigor la LEC 1881. En todo caso y salvo tal excepción, seguían en vigor el resto de las normas de jurisdicción voluntaria de referencia, incluida la contenida en el ya mencionado art. 1828 LEC relativo expresamente a la constitución del acogimiento, cuando éste requiriese decisión judicial. Y ello ocurría, precisamente, en el supuesto contemplado en el art. 173. 3 CC⁴⁹.

Por otro lado, la nueva LEC 2000, reiteramos que en la redacción vigente antes de la reforma que le otorga la L. A. I de 2007, reguló explícitamente en sus arts. 779 y 780 la competencia y procedimiento para la «oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores».

Combinando la normativa señalada, la situación en este momento en cuanto al acogimiento familiar se refiere (derivado bien de la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores, o como función de la tutela por ministerio de la ley), nos situaba ante el siguiente procedimiento:

a) Notificación a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas de la adopción de las medidas correspondientes derivadas de la situación de desamparo de un menor, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 172. 1 CC).

⁴⁹ Vid. BARBER CÁRCAMO R, ob. cit. pág. 8.

b) Si existe consentimiento de los padres o tutores, en el caso de no estar éstos privados de la patria potestad, el acogimiento se formalizará por escrito conforme establece el art. 173. 2 CC.

c) En el caso de ausencia de consentimiento de los padres/tutores u oposición de los mismos, conforme preveía el art. 173. 3 CC, el acogimiento sólo podía ser acordado judicialmente, conforme a los trámites establecidos en el art. 1828 LEC 1881, vigente conforme establece la propia LEC 2000 en su D. Derogatoria única. 1⁵⁰.

d) Presentada oposición por parte de los padres/tutores, podíamos pensar que la tramitación sin embargo había de realizarse conforme a lo dispuesto en los arts. 779 y 780 LEC, habida cuenta que, conforme a la redacción que se otorgó al art. 780, no se discrimina en cuanto al procedimiento a seguir, entre las posibles resoluciones administrativas impugnables en materia de protección de menores⁵¹. Sin embargo, creemos que en este caso, el procedimiento seguía siendo el señalado en el apartado anterior, teniendo en cuenta que, la única resolución administrativa impugnable por esta vía sería la declaración de desamparo, asunción de tutela automática y suspensión de la patria potestad, porque, respecto al acogimiento, ninguna resolución administrativa podrá existir ni formalizarse en modo alguno si existía la oposición por parte de los padres. En tal caso, la única vía ante la oposición de los padres al acogimiento, está claro que sería la prevista en el art. 1828 LEC 1881. Consideramos que ello es así sobre la base de que, la oposición al acogimiento cierra automáticamente la posible decisión por parte de las en-

⁵⁰ Debe tenerse en cuenta que, en la Disposición derogatoria única de la LEC 2000, se menciona expresamente en su núm. 1 la derogación de la LEC de 1881, con excepción del Libro III- Jurisdicción voluntaria, en vigor hasta la vigencia de una Ley de Jurisdicción Voluntaria, derogando no obstante expresamente el art. 1827. Sin embargo no se deroga en ella la D. A. 1^a de la LO 1/1996 de 15 de enero, conforme a la cual se establecía la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan...» 3º Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores». Ello nos permitiría pensar que si dentro de tales supuestos caben precisamente aquellas resoluciones en las que se declara el acogimiento por parte de la entidad pública, al no quedar expresamente derogada una disposición de carácter procesal como la indicada, es porque en tales supuestos seguiría siendo de aplicación el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

⁵¹ Su aplicación justificaría además, el hecho de la LEC en su disposición derogatoria única mantuviera la normativa de la LEC 1881 sobre jurisdicción voluntaria, salvo, expresamente el art. 1827 que es el que regulaba el sistema de oposición a las medidas sobre acogimiento y tutela, derogación expresa del mismo que se habría producido precisamente porque en ese punto los arts. 779 y 780 de la nueva LEC son los que resultarían aplicables.

tidades públicas, y si tal decisión no existe, no hay resolución administrativa que impugnar. Sólo quedaba el recurso al proceso judicial previsto, como se ha indicado, en la norma procesal prevista en el art. 1828.

Debe señalarse no obstante, que de alguna forma resulta, como veremos, problemática la aplicación de la norma invocada –art. 1828 LEC 1881– en cuanto se refiere a la fase de audiencia prevista en el pfo. 2º del citado precepto, fundamentalmente a partir de la reforma que del art. 172. 1, pfo tercero se produce con la LO 1/1996 de protección jurídica del menor. El citado pfo. 1 del art. 172 prevé, frente a la regulación anterior, que la declaración de desamparo conlleva la asunción de la tutela automática por la entidad pública y ésta lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela. Tal previsión existe igualmente en los momentos actuales. Pues bien, partiendo del hecho de que al acogimiento familiar se llegue –art. 173 CC– previa la declaración de desamparo y por tanto con la consiguiente suspensión de la patria potestad, el proceso de oposición al acogimiento al que alude el núm 3 del citado precepto (oposición al acogimiento que de formalizarse ante la Entidad Pública por vía administrativa requiere el consentimiento de los padres no privados de la patria potestad, de ser éstos conocidos –art. 173. 2 CC–), se tramitaría ante la autoridad judicial, conforme al art. 1828 LEC 1881 sin la audiencia de los padres, cuya oposición es, precisamente la que da pie a que el acogimiento se resuelva judicialmente y no administrativamente. La razón: el propio texto del art. 1828 LEC que establece que el juez, recabado el consentimiento de la entidad pública, caso de no ser la promotora, de las personas que reciban al menor y de éste a partir de los 12 años, **oír a los padres que no estuviesen privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio**. Lo que aparece como una medida de garantía, que nace de la conversión del proceso de acogimiento en contencioso, y que deriva en la necesaria resolución judicial, que no administrativa del proceso, se convierte en una perversión del sistema en perjuicio de los padres biológicos/tutores a los que se les releva del proceso sin ser oídos, por el hecho de haberseles suspendido, administrativamente y de forma automática del ejercicio de la patria potestad⁵².

⁵² Posiblemente sea más correcto admitir la posición mantenida por BARBER CÁRCAMO que aboga por una interpretación no literal, lógica y sistemática del art. 1828 LEC al señalar que una interpretación literal del mismo: «...constituiría una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y una fuente de indefensión. Ha de estarse por

3. 3. 3. Tras la modificación operada tanto en el CC como en la LEC por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, en lo que se refiere a la Oposición del Acogimiento, la situación es exactamente la misma que la descrita anteriormente, habida cuenta que, ni el art. 173, ni las normas procesales aplicables al proceso de oposición al acogimiento han variado.

En todo caso, analizada la situación, creemos que la actual regulación del tema, convierten, bien en farragosos los procesos –doble oposición a las medidas administrativas y al acogimiento–, bien en inútil el proceso de oposición al acogimiento, porque, lo adecuado y lógico es que la situación se resuelva con carácter previo con la oposición a la declaración de desamparo, asunción de tutela automática y suspensión de la patria potestad, al menos, obviamente, en aquellos casos en los que estas medidas sean previas al acogimiento.

3. 4. El art. 172. 7. Revocación de la declaración de desamparo y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

Aparte de los supuestos analizados en los apartados anteriores, se incorpora, fruto de la reforma llevada a cabo en el art. 172 CC por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, un nuevo supuesto que, a nuestro entender, viene a hacer aún más farragoso el elenco de posibles vías de impugnación con las que cuentan los padres biológicos, en la mayor parte de las ocasiones desprovistos del nivel cultural, social y económico para afrontar, no sólo económicamente sino anímicamente la opción por la que deben optar para recuperar a los hijos de los que, también en la mayor parte de las ocasiones no alcanzan a comprender la razón última del alejamiento y separación .

Prevé el pf. 7 del art. 172 CC, que en el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declara el des-

una interpretación lógica y sistemática de las normas, observando cómo desde el inicio mismo del procedimiento administrativo de desamparo el Código exige la notificación a los padres. Considero así plausibles las declaraciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 16 julio 1998, que frente a la interpretación literal propugnada por la Generalitat Valenciana, contraria a la audiencia a los padres, considera que «cuando el art. 1828 LECiv (LEG 1881, 1) dice que «se oirá a los padres que no estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio», sólo puede referirse a aquellos que judicialmente lo están, bien por haber recaído sentencia firme privando de la patria potestad, bien por haberse adoptado en ese mismo procedimiento o cualquier otro como medida cautelar la suspensión de dicha patria potestad».... ». (ob. cit. pág. 12, nota 18).

amparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad podrán solicitar que cese la suspensión de la medida y que quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que lo motivaron, entienden que pueden asumir nuevamente la patria potestad⁵³. Pueden igualmente en el citado periodo, oponerse a las medidas que se adopten respecto de la protección del menor (art. 172. 7)⁵⁴.

Por último, como hemos señalado en otro momento de nuestro trabajo, al entramado de recursos y diversidad de procesos que se abren como consecuencia de las últimas reformas del CC y LEC, con los que parece tratar de darse solución a muchos y diversos problemas (el interés del menor, el interés y defensa de los derechos de los padres o tutores, la lentitud de la justicia en procesos que, en aras a ese interés superior del menor no deberían dilatarse y, permítaseme, el interés del Estado y de las Instituciones Públicas en no verse salpicado por responsabilidades indemnizatorias cuantiosas por no haber salvaguardado los anteriores intereses), se añade **el del interés de las personas sobre las que recae un acogimiento preadoptivo**. Un entramado de intereses en juego, a los que, estimamos, no da una respuesta acertada el legislador con tales reformas, o no la más acertada si lo que se quiere defender es el tan manido interés superior del menor.

Es la STC 124/2002, de 20 de mayo(RTC/2002/124) la que introduce de manera contundente la necesidad de que los acogedores sean llamados al procedimiento acumulado de oposición a la declaración de desamparo y acogimiento de dos menores, en situación de acogimiento preadoptivo con ellos. Al haberse acumulado los procesos de oposición al desamparo y acogimiento, se considera que aquéllos tienen interés legítimo en el proceso puesto que la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento y confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo o su revocación, afectaba

⁵³ Curiosamente, la STS 31 de julio de 2009 invoca, en su FD 3º pfo. 2 la aplicación de la citada norma, no sabemos muy bien si como justificando la posibilidad de que los padres puedan actuar, atendiendo al cambio de circunstancias. Pero lo cierto es que, cuando se inició el proceso de desamparo de la menor, en el año 2003, el art. 172. 7 no existía, porque se introduce, como señalamos, por la ley 54/2007, por lo que difícilmente los padres, en este caso la madre, pudo invocar en los dos años siguientes a declararse el desamparo, en el año 2003, una norma inexistente en ese momento, o en 2005, pasados dos años del mismo.

⁵⁴ A la necesidad de esta reforma se hacía referencia precisamente por la doctrina, como medida para paliar los problemas de referencia. Supone la imposición de un plazo para que los padres biológicos puedan oponerse a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo.

evidentemente a su esfera jurídica, ya que de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida, y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores, y, de revocarse, no sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa⁵⁵.

⁵⁵ Sobre la citada STC resulta interesante y demoledora la crítica de BARBER CÁRCAMO que no sólo se adentra en el análisis de fondo sobre el significado que la misma tiene en relación con la cuestión de fondo del proceso- No se nos olvide que el amparo constitucional a los acogedores implicó la nulidad de actuaciones desde el momento en que se vulneró el derecho de los mismos y la consiguiente nulidad de la SAP de Sevilla de 5 junio 2000 que declaró inexistente el desamparo y por tanto el acogimiento, con obligación de reintegración de los menores en su familia de origen, lo que nunca fue ejecutado por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla-.

La autora, acertadamente, analiza lo que considera una inadecuada interpretación por parte del TC en cuanto a la legitimación procesal de los acogedores, considerando que el interés de los mismos carecía de la legitimidad suficiente para ser parte en el proceso, no considerando adecuado entender, como lo hace el TC, que la audiencia de los mismos proceda de la exigencia del art. 1828 LEC máxime en casos, como el presente, en que la entidad pública optó por acordar un acogimiento familiar provisional, donde por hipótesis los menores se encontraban ya en compañía de los acogedores cuando la cuestión pasa a conocimiento judicial y por tanto es obvio que aquéllos mantenían una voluntad favorable al acogimiento. Señalando además que si tal audiencia no era imprescindible para la constitución del acogimiento, mucho menos podría haberla en el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo, en el que ha de ventilarse una cuestión independiente por completo (por previa) del acogimiento. Cuestión que, tras la regulación establecida en la actual LEC (arts. 779 y 780) ha quedado legalmente reconocida al establecer la diferente naturaleza entre la constitución judicial del acogimiento (procedimiento de jurisdicción voluntaria) y la oposición a la declaración de desamparo, de naturaleza contenciosa, sometida a los trámites del juicio verbal.

Por otro lado, la argumentación de la autora parece ser premonitoria, cuando en sus consideraciones finales diserta sobre la solución que, una vez anuladas las resoluciones correspondientes, la AP Sevilla tuviera que pronunciarse nuevamente sobre el tema: o resolver en el mismo sentido que lo hizo o, considerando el tiempo transcurrido, estimar la imposibilidad del retorno de los menores con su madre como consecuencia de la desvinculación con la misma (Barber Cárcamo R. La subversión constitucional del acogimiento de menores. BIB 2002\2169. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 17/2002 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002, págs. 6 ss. , y págs. 15 ss).

Como veremos posteriormente, las premoniciones de la autora se vieron parcialmente reflejadas, cuando la AP Sevilla resuelve el tema nuevamente en S. 26 diciembre 2002(Jur 2003/147679), al mantener la desestimación del desamparo, pero admitir, dado el transcurso del tiempo de alejamiento de los menores con su madre, la imposibilidad de ejecución efectiva del retorno, sustituyendo tal ejecución por «el cumplimiento por equivalente» y condenando a la Consejería a ello, en función de lo dispuesto en el art. 18. 2 de la LOPJ.

En contra del criterio señalado por BARBER CÁRCAMO y a favor de la decisión del TC, se pronuncia CABEDO MALLOL. El autor considera que en el supuesto planteado en la STC, si bien el hecho de retrotraer las actuaciones judiciales al momento ante-

IV. EL INTERÉS DEL MENOR. REINMERSIÓN EN LA FAMILIA DE ACOGIDA FRENTE AL RETORNO A LA FAMILIA BIOLÓGICA. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO Y EL ALEJAMIENTO DE LA FAMILIA DE ORIGEN COMO CONDICIONANTE. CONSECUENCIAS DEL IMPOSIBLE RETORNO

Regula específicamente la cuestión que abordamos en este momento el núm. 4 del art. 172 CC, cuya redacción experimentó una relevante alteración entre el contenido que le otorgó la Ley 21/1987 y la que le confiere la LO 1/1996, sustancialmente derivada de la inversión de los términos y contenido del mismo. Conforme a su primera redacción se primaba la reinserción del menor en su propia familia, siempre que ello redundase en interés del menor. La posterior y vigente redacción parte de buscar, prima facie, el interés del menor: «se buscará siempre el interés del menor», y «se procurará, cuando no sea contrario a tal interés su reinserción en la propia familia»⁵⁶.

La modificación producida en el texto legal resulta esclarecedora porque lo que ha de quedar como prevalente en cualquier actuación que pueda conducir a la reintegración del menor a su familia de origen, es el interés del menor.

Así pues, dos elementos juegan en este terreno, con preponderancia del primero sobre el segundo: a) buscar el interés del menor, b) procurar, cuando no sea contrario a tal interés, la reinserción del menor en su propia familia.

Lo cierto, como veremos, es que la combinación de ambos elementos, aderezada por el papel determinante del tiempo en los procesos, así como por la confusión de procesos y acumulación procesal de los mismos –el de desamparo y el de oposición al acogimiento– conducen

rrior a dictarse el Auto de la AP de 5 de junio de 2000 no beneficiaba a los menores, sin embargo no por ello se debía compartir el criterio de Barber de que el TC no debería cobijar los intentos injustificados de dilatar los procedimientos y ello porque, en palabras de CABEDO, si a una persona se le vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva el TC debe reconocer tal vulneración y amparar sus derechos (CABEDO MALLOL V, «Marco constitucional de la protección de menores»(2008) La Ley, pág. 96).

⁵⁶ El art. 172. 4 CC, conforme a la redacción que le otorgó la Ley 21/1987 establecía: «Se procurará la reinserción del menor en la propia familia y que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor».

El vigente art. 172. 4, conforme al a redacción que le otorgó la LO 1/1996 establece: «Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona».

en la práctica de nuestros tribunales, a convertir el segundo de los elementos –el regreso a la familia de origen– en un mero desiderátum, cuando no, en una mera declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones llega a producirse.

¿Cuándo debería producirse el reintegro del menor desamparado a la familia de origen?

Obviamente, la primera respuesta a esta pregunta está clara, cuando, debiendo reintegrarse, sea lo más adecuado al interés del menor. El paso siguiente: cuándo debe reintegrarse en todo caso dando por supuesto que se protege el interés del menor:

Por un lado cuando cese la causa que originó la declaración del desamparo, bien entendido que tal situación está técnicamente prevista como algo provisional, prueba de lo cual el propio art. 172. 7 CC redactado tras la reforma operada por Ley 54/2007, que ya hemos analizado anteriormente, prevé la posibilidad de que los padres puedan solicitar, en el plazo de 2 años desde la notificación de la resolución por la que se declara el desamparo, la revocación del mismo y el cese de la suspensión de la patria potestad por cambio de las circunstancias que lo motivaron.

Por otro lado por revocación judicial de la declaración de desamparo, al estimar inexistente la causa que determinó la declaración por parte de la Administración. Posibilidad que deriva, como hemos analizado igualmente, de la facultad de oposición que los padres o tutores tienen conforme al art. 172. 6 CC y conforme a los trámites y plazos, más breves, previstos en los arts. 779 y 780 L. E. C 2000, igualmente modificados por la Ley 54/2007.

Se tratan, al menos a partir de la reforma que introduce sustantiva y procesalmente la Ley 54/2007, de dos supuestos claramente diferenciados que no deberían confundirse, pero que desgraciadamente en las recientes resoluciones de nuestros tribunales se mezclan. Diferentes porque, mientras el primero implica que la causa de desamparo existió, pero las circunstancias han cambiado, el segundo supone que la Administración erró en su apreciación, que la causa nunca existió como tal. Pues bien, en supuestos como los de la STS 31 de julio de 2009, ambas circunstancias se confunden, como se confunden y mezclan los procesos que originan una u otra resolución –desamparo y acogimiento–. Ello, como veremos, unido al trascurso del tiempo, hace el resto: el imposible retorno, con lo que ello implica, no lo olvidemos, de sustitución, como si de una pirueta en el aire se hiciera, de una «suspensión de la patria potestad», que ya fue criticada por no acordarse judicialmente, a una auténtica privación de la misma.

Por otro lado, como acabamos de señalar, y tal y como pone de manifiesto la doctrina, haciéndose eco de la realidad de las resoluciones judiciales, **el tiempo juega un papel determinante en todos los casos de reintegración a la familia de origen**⁵⁷.

Esto es, a nuestro entender, lo que ocurre en la STS. de 31 de julio de 2009 (F. D 6º), que, apoyada en el «interés superior del menor», que es el que se ha de buscar, para, según se señala, ponderarlo en relación con el posible retorno del menor a la familia biológica, revoca la resolución de la Audiencia, desestima el desamparo de la menor y confirma el acogimiento preadoptivo. El TS utiliza argumentos para sentar doctrina –el transcurso del tiempo sin contacto con la menor, la adaptación a la familia de acogida, la falta de referente de la menor respecto de su madre biológica entre otros–, que se apoyan en circunstancias que el propio sistema ha permitido y provocado, y que son absolutamente ajenos a la conducta y comportamiento de la madre biológica, a la que se suspendió el ejercicio de la patria potestad como consecuencia de la declaración de desamparo, se suspendió igualmente el régimen de visitas –a ella y a la abuela paterna–⁵⁸, en base a una calificación inicial, ba-

⁵⁷ Así lo afirma GARCÍA PASTOR, al comentar la jurisprudencia reciente sobre el art. 172 CC, al señalar que tanto en el supuesto de cambio de circunstancia de la familia de origen, como en el de revocación del desamparo, las dificultades para la reincorporación del menor con su familia suelen provenir de una combinación de factores: en todos los casos de la lentitud judicial, pero también la renuencia de la Administración al cumplimiento de las decisiones judiciales, en muchas ocasiones con la complicidad del Ministerio Fiscal y de algunos órganos judiciales.

Sirva en este sentido el análisis de las numerosas sentencias recogidas por la autora en las que precisamente el papel del tiempo juega en contra de tal reinserción, o las relativas a supuestos en que tal circunstancia deriva de la falta de colaboración de la Administración (GARCÍA PASTOR M, «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172. págs. 171 ss. Comares 2009, págs. 683 a 686).

⁵⁸ La procedencia o no de la suspensión del régimen de visitas de la familia de origen plantea serios problemas en los acogimientos preadoptivos. Por parte de las entidades públicas se suele argumentar la dificultad de tener una integración en la familia adoptante si el menor mantiene vínculos con su familia de origen. Apunta en este sentido DE LA OLIVA VAZQUEZ que debe ponderarse que dicha suspensión, caso de no prosperar el acogimiento preadoptivo en sede judicial, puede hacer difícil o imposible el retorno del menor a la familia biológica. La solución, apunta, pasa por una valoración de las medidas de protección adoptadas con anterioridad al acogimiento preadoptivo y la respuesta del núcleo familiar a las mismas, a fin de poder determinar, al menos caute- lamente, el improbable retorno del menor con su familia de origen y por tanto la procedencia de la suspensión del régimen de visitas interesada. Cuestión a la que deberíamos añadir, la valoración que ha de hacerse cuando tal suspensión se acuerda y el proceso hasta una resolución definitiva, como en el caso de la STS de 2009 que comentamos, se prolonga por un periodo de tiempo de años, que prácticamente recorre la infancia del

sada en una situación más de riesgo que de desamparo, (incluso se resalta el hecho de que ha sido madre nuevamente sin ponerse en tela de juicio su labor y capacidad para su nueva maternidad)⁵⁹.

No pareció tenerse en cuenta de la misma manera el interés superior del menor en el proceso de declaración de desamparo de los dos menores sevillanos, que culmina, por un lado con la STC de 20 de mayo de 2002(RTC/2002/124) (y definitivamente con la nueva SAP Sevilla de 26 diciembre 2002(JUR 2003/14679) que finalmente desestima el desamparo). El TC parece olvidarse del interés superior del menor al resolver anulando la SAP de Sevilla de 12 de junio de 2000, para permitir intervenir en el proceso a los acogedores, al considerarlos parte interesada en el mismo⁶⁰. No fue este el criterio pero si fue el mismo el resultado: Parece quedar claro que el interés del menor curiosamente siempre se inclina del lado de la familia de acogida. En la STC 20 mayo 2002 se estimó el recurso de amparo interpuesto por los acogedores de dos menores, declarados en situación de desamparo en 1996 por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y en situación de acogimiento preadoptivo desde junio de 1997. Los acogedores no habían sido citados en el procedimiento de oposición al desamparo y oposición al acogimiento presentado por la madre biológica de los mismos, enterándose de su tramitación al ser citados los menores, para exploración judicial. El TC considera que efectivamente existía interés legítimo por parte de los demandantes, anulando las resoluciones judiciales que desestimaron su comparecencia y, consecuentemente, la

menor desamparado. Tal medida de suspensión, si bien puede ser perjudicial para estabilidad del menor en la familia de acogida, es claramente discriminatoria para la familia biológica, frente a la que, el transcurso del tiempo, la falta de contacto con el menor durante el mismo como consecuencia de la suspensión del régimen de visitas, la sitúa, indefectiblemente, ante una situación de no retorno, por mucho que, a lo largo del proceso o al final del mismo, la situación que provocó la declaración de riesgo, de desamparo, hayan desaparecido íntegramente. Ante una familia biológica recuperada y una familia de acogida en cuyo entorno el menor ha encontrado acomodo, resulta obvio y evidente, que el interés del menor siempre se encontrará más protegido en éste último. Resultará imposible el retorno.... DE LA OLIVA VAZQUEZ A, «El acogimiento del menor en situación de desamparo», en «Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinar» Thomson-Aranzadi, (dir GARCIA GARNICA MC, (dir) (2008) (pgs. 241).

⁵⁹ La STS de 31 de julio de 2009, tras razonar sobre la prioridad del interés superior del menor sobre cualquier otro, como es el de reinserción en la propia familia hace prevalecer aquél analizando no sólo la situación que pudo originar el desamparo, sino también aquellas circunstancias posteriores que sirven para valorar dónde se encuentra más protegido dicho interés (vid al respecto pág. 4).

⁶⁰ Vid. Nota 53.

propia sentencia de la Audiencia Provincial, de junio de 2000, por la que, aceptando la oposición formulada por la madre biológica, desestimaba el desamparo y el acogimiento preadoptivo acordado.

El proceso culmina con la SAP de Sevilla de 26 de diciembre de 2002 que vuelve a desestimar el desamparo, pero, al no haberse ejecutado la primera sentencia por negativa del Juzgado de Primera Instancia, amparándose en el art. 158 CC, se hace imposible el retorno de los menores a la familia de origen, pese a entender que nunca hubo desamparo. Se condena a la administración a indemnizar a la madre⁶¹:

La consecuencia de tal pronunciamiento: Los menores, acogidos desde 1997 en virtud de una declaración de desamparo que nunca debió producirse, no fueron reinsertados con su madre biológica tras el primer pronunciamiento de la Audiencia que así lo declaró en 2000. El retorno posterior deviene absolutamente imposible, no porque siempre su superior interés fuera el que vino marcando la actuación de la administración y los tribunales, sino por la imposibilidad manifiesta derivada del transcurso del tiempo... ¿Dónde queda el **sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»)** al que alude el TS en 2009 que justifica el interés superior del menor?⁶².

⁶¹ La SAP Sevilla de 26 diciembre 2002 (JUR\2003\147679) resulta fulminante y resume de una manera absolutamente crítica los problemas que se plantean sobre este tipo de procesos. Crítica con la calificación confusa e inexistente del desamparo por la Administración, crítica con el Juez de Primera Instancia que, ante la primera resolución se negó a la ejecución impidiendo el retorno de los menores con la familia de origen y crítica con el retraso injustificado y perjudicial para los propios menores del proceso:

«...Resultando claro para este Tribunal que es de imposible ejecución el acuerdo de vuelta de los menores con su madre, y cualesquiera que sean las responsabilidades de todo género en que hayan podido incurrir cuantos hayan coadyuvado en tal imposibilidad, como queda analizado, a exigir por la vía y ante los organismos competentes por parte de la madre que ve así frustrado su derecho reconocido por nuestra resolución, algo sobre lo que aquí no podemos pronunciarnos, hemos de declarar la inejecutividad a la vez que acordamos que por el juez a quo se inicie el incidente de determinación de indemnización, lo que podría hacer incluso de oficio dados los términos imperativos del art. 18. 2 citado, «y fijará en todo caso» la indemnización que sea procedente.... ».

⁶² De manera contundente se manifestó en contra de la decisión del TC de 2000, BARBER CÁRCAMO señalando al comentar esta sentencia que:» *...En fin, la sentencia objeto de este comentario resulta un ejemplo del Derecho como fuente de conflictos, en lugar de medio para su resolución. Y, en concreto, provoca una vulneración de derechos fundamentales sustancialmente más grave que la que procura evitar... ».*

Este supuesto, afirma la autora en sus conclusiones: *«puede ofrecerse en el futuro como ejemplo de cumplimiento de los peores vaticinios y prevenciones que parte de la doctrina civil opuso a la reforma de la adopción de 1987 por la amplitud de los poderes otorgados a las entidades administrativas...»* (BARBER CÁRCAMO R. La subversión constitucional del acogimiento de menores. BIB 2002\2169. Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 17/2002 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002. pg15).

Realmente, la posibilidad del retorno a la familia de origen en las circunstancias señaladas se convierte en una mera declaración de intenciones⁶³, y creemos que con ello juegan intencionadamente en algunas ocasiones las partes cuyos intereses se ponen en juego en estos procesos. Una manifestación de lo que se señala, se evidencia a nuestro entender en los hechos y actuaciones que dan lugar al Auto TC de 13 febrero de 2009 (RTC/2009/47). Afortunadamente en esta ocasión el TC desestima el recurso de amparo presentado por la familia de acogida de una menor, frente al Auto de la AP Sevilla de 27 de abril de 2006, por el que se acordaron medidas cautelares a petición de la madre biológica solicitando el cumplimiento de la Sentencia de la misma AP en que se desestimó el desamparo y por tanto procedía el reintegro de la menor a su familia de origen de forma progresiva. La solicitud de la madre biológica se produce ante las actuaciones y maniobras de la familia de acogida, que tras utilizar todos los posibles recursos a su alcance, provocan que, simplemente para la ejecución de la sentencia se produzca un retraso de más de un año y culminan, para retrasar aun más el proceso, con la petición de amparo ante el TC.

¿Cuáles son las consecuencia de la imposibilidad del retorno a la familia de origen?

Tras el análisis realizado a lo largo del presente trabajo, queda por hacer mención, con cierto halo de esperanza, si es que lo que apuntamos a continuación la tiene, de las consecuencias que los tribunales van articulando como medida para «resarcir», si es que cabe resarcimiento, a la familia de origen en aquellos casos en los que, por las circunstancias sobradamente señaladas, se haga imposible el retorno del menor desamparado a su familia de origen. La INDEMNIZACIÓN, LA PRESTACIÓN POR EQUIVALENTE⁶⁴.

Sobre la situación de este proceso y la problemática planteada en el mismo se han pronunciado otros autores como TOSCANO GIL, que se cuestiona sobre el cúmulo de circunstancias que dieron o pudieron dar lugar a lo acontecido, abogando por la necesidad de una mayor dotación de recursos materiales y de técnicas jurídicas más perfectas que permitieran contar con más órganos judiciales, de tal modo que en caso de conflictos se resolvieran con mayor rapidez y mejor conocimiento de causa (TOSCANO GIL F. «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial.» Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 708/2006 parte Comentario. ARANZADI, SA, PAMPLONA. 2006, pág. 5).

⁶³ SERRANO GARCIA I. ob. cit, pág. 580; DÍAZ GARCIA H, Ob. cit. págs. 21 ss.

⁶⁴ ¿Qué prestación equivale realmente para una madre o padre, a la pérdida de su hijo? Por otro lado aún satisfecho tal interés, consecuencia de la privación del menor... ¿dónde queda protegido el «interés superior del menor»? ¿Nos damos por satisfechos pensando que el menor, que queda en acogida con quienes entabla vínculos de afectivi-

Tal opción encuentra, su reflejo más significativo en la ya citada SAP de 26 diciembre de 2002, que condena a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía a la prestación por equivalente ante la declaración de inexistencia de desamparo de los dos menores sevillanos. Sentencia cuya ejecución se produce en el AUTO AP SEVILLA de 30 de diciembre de 2005(AC 2006/70). Tiene su origen la misma en la demanda incidental de ejecución de los autos 407/97, contra la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, exigiendo el pago de la indemnización sustitutoria como consecuencia de la ejecución de la SAP Sevilla de 26 diciembre 2002 citada. EL JPI núm. 7 de Sevilla absolvió al Estado, condenando a la Consejería a abonar a la madre 72.000 euros. LA AP revoca la decisión de instancia, elevando la indemnización a un millón cuatrocientos mis euros, en una resolución ejemplar, creemos, donde pese a la condena, se pone de manifiesto lo irreparable de la situación para la madre biológica, y aplica, frente a la posición mantenida en Instancia, no los criterios indemnizatorios utilizados por las Aseguradoras en los supuestos de accidentes de tráfico, sino los que considera, deben ser asimilables, utilizados en los casos de privación de libertad⁶⁵. La Junta de Andalucía interpuso recurso de amparo ante el TC, que fue desestimado en S de 21 de enero de 2008(RTC 2008/4).

dad, estabilidad física y emocional con ellos está «adecuadamente colocado» y podemos, pueden la Administración y el Estado respirar con la conciencia tranquila? Posiblemente sí, en cuanto se ha hecho el trasvase perfecto. Se han trasladado menores con problemas, con familias desestructuradas, socialmente deprimidas a las manos de quienes les atenderán y cuidarán «adecuadamente atendiendo a su interés superior». Obviamente para las estadísticas sociales la situación resulta favorecedora, y por tanto para la conciencia social. La falta de tranquilidad vendrá si, como en el caso de la SAP Sevilla de 26 de diciembre de 2002 y subsiguiente Auto de la misma Audiencia de Sevilla de 30 de diciembre de 2005(AC. 2006/70), se condena a la Administración a indemnizar por ello.

⁶⁵ La AP Sevilla en su Auto de 30 de diciembre de 2005, tras analizar con detalle los hechos y resoluciones de las que trae causa el incidente que con la misma se resuelve, señala por un lado que el objeto del proceso ya no son los menores sino el interés de la madre: «... lo que se va a indemnizar es precisamente la frustración del derecho reconocido a la madre a recuperar la guarda y custodia de sus hijos. Y como la parte obligada a hacer posible esa recuperación era la condenada en el proceso, la Junta de Andalucía, es esa parte la que, «ex» art. 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578 y 2635), del Poder Judicial, debe responder del pago de la indemnización sustitutoria...»

En relación con el quantum indemnizatorio acordado por el JPI conforme a los baremos indemnizatorios aplicables en los supuestos de accidentes de tráfico indica que: «...por donde quiera que se mire, ningún parangón es posible establecer entre unas lesiones o un fallecimiento por accidente de tráfico con la ilegítima privación de unos hijos a su madre desde hace casi diez años, con numerosas y muy graves circunstancias que rodearon tal privación y que agravaron hasta extremos de difícil narración el sufrimiento, podemos ya avanzar que muy supe-

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., (1997): «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas». Tecnos.
- BARBER CÁRCAMO, R., (2002): La subversión constitucional del acogimiento de menores. BIB 2002\2169. Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 17/2002 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.
- CABEDO MALLOL, V., (2008): «Marco constitucional de la protección de menores», La Ley.
- CAMPS MIRAVET, N., (2007): «El principio de interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno» (en. «Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia» (coord. por PADIAL ALBÁS, AM^a/TOLDRÀ ROCA MD), Tirant lo Blanch, págs. 17 a 40.
- CAPARRÓS CIVERA, N., y JIMÉNEZ-AYBAR, I., (2001): «El acogimiento familiar. Aspectos Jurídicos y sociales» (Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia 29). Universidad de Navarra. Ed. Rialp. S.A.
- CARRASCO PERERA, A., (2003): «Desamparados». Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 583 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.
- DÍEZ PICAZO L, GULLÓN, A., (1989): «Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones». 5^a ed.
- DÍEZ GARCÍA, H., (1999): «Desamparo de menores y acogimiento» (1999) Aranzadi Civil vol. III (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. Bib1999/1429.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P., (2009): «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales» *«Actualidad Civil, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun., pág. 1357, Tomo 1, Editorial LA LEY.*
- GARCÍA GARNICA, M.C., (dir) (2008): «Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinar» Thompson-Aranzadi.

rior al de la muerte. Por tanto no vale como referente el indicado baremo.....». Por ello, tras un análisis pormenorizado de los daños, físicos y psíquicos sufridos por la madre como consecuencia de la errónea actuación de la Administración considera que «...parece de todo punto correcto en términos de razonabilidad, prudencia y ponderación, la utilización del referente indemnizatorio empleado por la solicitante respecto de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad... ..».

- GARCÍA PASTOR, M., (2009): «Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I». Segunda edición (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172. págs. 171 ss. Comares.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., (2005): «El desamparo de menores» Thomson-Aranzadi.
- PADIAL ALBÁS, A., (2007): «La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión social» (en. «Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia» (coord. por PADIAL ALBÁS, AM^a/TOLDRÀ ROCA MD), Tirant lo Blanch, págs. 67 a 113.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., (1989): «Derecho de Familia». Sección de Publicaciones. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. págs. 612 ss.
- PÉREZ MARTÍN, J., (2001): «Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (En El Derecho de Familia y Sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) Lex Nova, págs. 229-233.
- RIVERO HERNANDEZ, F., (2000): «El interés del menor». Dykinson.
- SERRANO GARCÍA, I., (1991): En «Comentarios del Código Civil» Ministerio de Justicia. Tomo I, págs. 577 a 584.
- SERRANO MASIP, M., (2007): «La protección del menor en situación de riesgo o desamparo por los órganos judiciales: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria» (en. «Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia» (coord. por PADIAL ALBÁS, AM^a/TOLDRÀ ROCA MD), Tirant lo Blanch, págs. 136 a 183.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., (2004): «Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español». Fundación universitaria española.
- TOSCANO GIL, F., (2006): «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial» Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 708/2006 parte Comentario. ARANZADI, SA, PAMPLONA.
- VARGAS CABRERA, B., (1994): «La protección de los menores en el Ordenamiento Jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Autonómica e Internacional». Comares.
- VICENTE GIMÉNEZ, T., y HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., (2007): (coordinadores)»Los derechos de los niños, responsabilidad de todos». Universidad de Murcia-Aula de Debate.