

RIESGO, DESAMPARO Y ACOGIMIENTO DE MENORES. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN E INTERESES EN JUEGO

Pilar BENAVENTE MOREDA*

Resumen

En el presente trabajo se reflexiona sobre la indeterminación del concepto de desamparo, y su confusión con las situaciones de riesgo, las consecuencias de la atribución de la competencia a la Administración para su declaración y la relevancia que en ello adquiere la excesiva duración de los procesos, dada la naturaleza especial que los mismos tienen. Todo ello pese a los intentos correctores de las diferentes reformas operadas en la materia. Partiendo de que en todo el proceso ha de prevalecer el interés superior del menor, se analizan los cauces a través de los que se articula la protección de los padres o tutores así como la posición de los denominados «padres de acogida», tratando de poner de manifiesto las posibles incongruencias del sistema en el juego de los intereses contrapuestos existentes.

Palabras clave

Indeterminación del desamparo, riesgo, interés superior del menor, acogimiento.

Key Words

Indetermination of the helplessness; risk situations; the best children's interest; temporary foster care.

SUMARIO: I. Introducción. Planteamiento del tema; II. Las situaciones de riesgo frente a la situación de desamparo; 1. Delimitación legal de los supuestos y sus consecuencias; 2. Competencia de la Administración para la declaración del desamparo; III. Posición de la jurisprudencia. Algunas decisiones controvertidas; 1. Declaración de desamparo y acogimiento de dos menores sevillanos. La STC 124/2002, de 20 mayo, sus antecedentes y consecuencias posteriores.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

res; 2. Declaración de desamparo y acogimiento de un menor. El interés superior del menor y el problema del retorno a la familia biológica (STS 31 julio 2009); IV. El juego de intereses en tales procesos; 1. El interés superior del menor; A. El problema de la reinmersión en la familia de acogida frente al retorno a la familia de origen; B. El transcurso del tiempo y el alejamiento de la familia de origen como condicionantes. Consecuencias del imposible retorno; 2. La actuación de los padres o tutores ante la actuación de la Administración; 3. ¿Y el interés de los acogedores? V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

CADA VEZ resulta más frecuente, más de lo que sería deseable, encontrarnos con supuestos que, bien porque saltan a los medios de comunicación, bien porque son objeto de polémicas resoluciones judiciales, nos sitúan ante la difícil valoración y diferenciación entre las situaciones de riesgo de un menor, frente a la declaración de desamparo del mismo.

Podría resultarnos indiferente la distinción, claramente establecida por otro lado en los textos legales, si no fuera porque las consecuencias de una y otra situación son radicalmente diferentes, parten de presupuestos y situaciones diferentes y tratan de dar respuesta a problemáticas distintas, aunque unas (las situaciones de riesgo), puedan conducir a las otras (situaciones de desamparo).

Por otro lado, el hecho de que sea la Administración, a través de los Servicios Sociales de las Consejerías correspondientes (dependiendo del órgano al que en cada Comunidad Autónoma se encarga la gestión de la materia), la que tiene atribuida la competencia para, normalmente ante situaciones de urgencia y en la mayoría de los casos con gran presión social o incluso mediática, determinar si un menor se encuentra en una u otra situación, hace si cabe más complejo el problema a nuestro entender.

La necesaria inmediatez en la actuación (lógica por otro lado al referirse a situaciones que requieren una pronta actuación en defensa de los intereses de los menores, parte más débil y cuyo interés ha de salvaguardarse por encima de cualquier otro), que privó a los tribunales de la toma de decisión, en numerosas ocasiones vuelve a ellos y a su lentitud. Y, lo que es peor, puede provocar la perversión del sistema, en la medida en que medidas como la declaración de riesgo y desamparo seguida ésta última de un acogimiento temporal o provisional, convierten en medidas definitivas a aquéllas, que ni legalmente ni socialmente son o han de ser consideradas como tales.

Todos estos condicionantes, si hacemos descender el análisis a situaciones concretas que, como hemos indicado, proliferan en los últimos tiempos, o a algunos casos llamativos resueltos por nuestros tribunales, constituyen el hilo conductor de este trabajo, así como de las reflexiones que en él se hacen.

Tenemos la impresión de que 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...).

Llamativo e inquietante resulta esa proliferación de supuestos diferentes y variados, en los que, en aras del recurrente «interés superior del menor», se pone en marcha la maquinaria administrativa para poner coto a tales situaciones donde el proceso conduce a declaraciones de desamparo ante situaciones variopintas: menores obesos, menores anoréxicos, menores maltratados física o psíquicamente, menores pertenecientes a familias desestructuradas o de niveles socio-culturales deprimidos con problemas de alcoholismo o drogadicción de los padres. Ante cualquier atisbo de riesgo se actúa, porque, además, la presión mediática es cada vez mayor, y las consecuencias de un error administrativo, 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 más problemático, que juzgue y condene.

Sirvan como botón de muestra algunos supuestos que recientemente han saltado a los medios de comunicación con una cierta relevancia mediática: el del menor *Connor 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, de cuya dieta estaban ausentes frutas y verduras. La Administración se planteó hacerse cargo del menor ante la negligencia de la madre (1).

Saltó 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 kg (2).

Los medios de comunicación se hicieron eco igualmente de la situación del menor ourensano de 9 años a cuyos padres se les privaba de la guarda del menor como consecuencia de la «obesidad mórbida» del mismo. El menor fue entregado a la Xunta de Galicia tras la intervención de la misma asumiendo su tutela automática, confirmada tras el auto del Juzgado de Familia de Ourense de 29 octubre de 2009 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» (3).

(1) La noticia saltó a la prensa en febrero de 2007 (*Vid.* Información de *El País* de 27 de enero de 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 por cien en 1995, al 13,4 por cien en 2004.

(2) En este supuesto, según información aparecida en *El País* de 30 de marzo de 2007, se daba cuenta igualmente del incremento de supuestos de obesidad infantil, que afecta al 13,9 por 100 de la población entre 2 y 24 años, según datos de la Sociedad Española para el estudio de la obesidad. En EE.UU. el problema afecta a uno de cada tres niños, unos 25 millones en total. Se daba cuenta igualmente de que las Autoridades de Albuquerque (Nuevo México, EE.UU.) retiraron la custodia de una menor a sus padres, porque con 3 años pesaba 54 kg.

(3) La noticia aparece igualmente en los medios de prensa (*Vid.* Información de *El País* de 5 noviembre de 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 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 mismo 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 posterior. ¿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? (4) Por otro lado, ha de señalarse que tampoco las recientes decisiones de nuestros tribunales contribuyen positivamente a transmitir tranquilidad en este tema, donde creemos, se produce igualmente en algunos casos, esa confusión entre el riesgo y el desamparo, con las consecuencias que de ello derivan.

La situación, dentro del sistema mediático en el que nos movemos, llegó al extremo de la intervención de los padres en programas televisivos de la denominada «prensa rosa» (*DEC*, día 11 de diciembre de 2009). 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 (el mismo que resolvió inicialmente sobre la declaración de desamparo de dos menores sevillanos a que aludiremos posteriormente al analizar la jurisprudencia sobre el tema), hizo, según información en prensa, unas declaraciones señalando que el trastorno en la alimentación puede indicar desamparo, abogando porque los trastornos de la alimentación entre los niños puedan llegar a ser considerados como indicadores de que un menor se puede encontrar en situación de desamparo. Durante su intervención en la Comisión Especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, el juez mantuvo que si la legislación ya recoge que el hecho de que un niño esté hambriento pueda ser un indicador del riesgo de desamparo, a su juicio, también deberían incluirse los problemas nutricionales, como –según citó en el caso del niño obeso de Ourense. Del mismo modo, apuntaba que las situaciones de bulimia y anorexia en menores, en los casos en los que sus padres «no sean capaces de superar esa situación», también pueden llegar a ser considerados principios de 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 de 2009).

(4) 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 se airea corresponde a la de hijos de familias relevantes, con medios económicos y poder social y político reconocido? Obviamente la respuesta es clara: No.

No quiere decirse con ello que no se deba actuar, quiere decirse que cada situación requiere un tipo de actuación diferente, como la propia LO 1/1996, de Protección del Menor, señaló. Tampoco quiere decirse, ni mucho menos, que la actuación de las Entidades Públicas sea siempre inadecuada, porque desgraciadamente sólo llegan al conocimiento público aquellos supuestos límite en los que se pone de manifiesto públicamente que «algo falla», pero no cuando las cosas funcionan adecuadamente.

Es posible pensar que, ante la indeterminación del concepto de desamparo, aderezada por la idea de proteger a toda costa el «interés superior del menor» en numerosos supuestos 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, de la aplicación en la mayoría de los casos, del retorno de los menores a la familia biológica entre otras cosas (5).

II. LAS SITUACIONES DE RIESGO FRENTE A LA SITUACIÓN DE DESAMPARO (6)

1. DELIMITACIÓN LEGAL DE LOS SUPUESTOS Y SUS CONSECUENCIAS

La materia que nos ocupa recibe un tratamiento especial, que arranca fundamentalmente de la protección que la CE confiere en su artículo 39 a la familia y la obligación que del mismo dimana para los poderes públicos, como principio rector de la política social y económica, de asegurar una protección integral a los hijos. Precepto que igualmente obliga a los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos, dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que proceda legalmente.

(5) El debate de fondo, como se verá al analizar el avance que en esta materia se ha producido en el ámbito legal desarrollado por determinadas Comunidades Autónomas, puede encontrarse a nuestro entender, en alguna medida, en la diferencia de costes que para el Estado, para la Administración, supone la adopción de medidas cautelares y protectoras de familias desestructuradas, en las que se crean situaciones de riesgo (que no de desamparo) para los menores que las integran, frente a las situaciones de desamparo de las que derivan acogimientos familiares permanentes. En este último caso, aun acompañada la medida de sistemas posibles de ayuda a la familia de acogida, el problema se traslada a dichas familias y deja de ser un problema de todos.

(6) 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*, núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2009, tomo I, Editorial La Ley, p. 1357; García Pastor, M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, tomo I, Art. 172, Miguel Pasquau Liaño (dir.), Comares, segunda edición, 2009, pp. 171 y ss.

Un análisis detallado sobre el concepto de desamparo, tanto en la Ley 21/1987, como tras la reforma operada por LO 1/1996, y su diferenciación de las situaciones de riesgo en SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español*, Fundación universitaria española, 2004, pp. 133 a 198; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, 1997. Vid. igualmente CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008, pp. 49 a 51.

Sobre tal punto de partida, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y la LEC, regula específicamente dentro del Capítulo I del Título II (arts. 12 a 22), las actuaciones en situación social de desprotección de los menores, diferenciando por primera vez las situaciones denominadas «de riesgo» de las de «desamparo».

A la situación de riesgo alude, sin definir ni detallar, su artículo 12 (7), fijando por su parte el artículo 17 las actuaciones que proceden en tales casos de riesgo, consideradas como aquellas que, perjudicando el desarrollo personal o social del menor, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley (8). A las situaciones de desamparo se refiere igualmente en el artículo 12, como determinantes de asunción de tutela por parte de la Administración, para, posteriormente en su artículo 18 indicar que en tales supuestos la entidad pública competente para declararlo, que asume la tutela del menor, deberá proceder conforme al artículo 172 del CC, adoptando las correspondientes medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal (9).

Partiendo de los criterios marcados constitucionalmente y desarrollados por la LO 1/1996 citada, la materia, que ya tenía, como veremos, una regulación específica prevista en el CC, acoge una nueva redacción en los artículos 172 (que se refiere al desamparo), 173, 173 bis y 174 del CC (relativos al acogimiento), sin prever un tratamiento específico respecto de las situaciones de riesgo.

Dentro del CC por tanto, la situación de desamparo aparece recogida como indicamos en el artículo 172.1, párrafos 2.º y 3.º CC, que la considera como situación «... que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Señalando a continuación cuáles son los efectos de tal declaración y de la asunción de la tutela por ministerio de la Ley por parte de la Entidad Pública: «La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la

(7) Establece el artículo 12 LO 1/1996: 1. «La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

2. Los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor».

(8) El artículo 17 LO 1/1996 señala a su vez: «En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia».

(9) Señala el artículo 18 LO 1/1996: «1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. Cada entidad pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento».

suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él».

A la vista de lo señalado, resultan relevantes, cara a su necesaria diferenciación con las situaciones de riesgo, 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 las que comentaremos, han tenido un cierto eco social.

Nos centramos en este momento en la primera de las cuestiones indicadas –el carácter indeterminado del «desamparo»–, que aparece ya desde la reforma que se produce por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al sustituir el «abandono» por el «desamparo» en el artículo 172 CC (10).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 172.1 CC, podemos decir que son tres los requisitos necesarios para que se produzca el desamparo:

a) El incumplimiento de los deberes de protección a los que se refiere el artículo 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 (11).

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 artículo 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 casual-incumplimiento o inadecuado ejercicio –y el de resultado– falta de asistencia, son

(10) 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., *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1991, p. 578).

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*, Sección de Publicaciones, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1989, p. 612).

(11) En relación con el valor del incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, *vide* el exhaustivo análisis que realiza BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *ob. cit.*, pp. 33 a 44.

acumulativos, debiendo concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que consiste en la situación de desamparo (12).

Ya cuando se habla 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 solución justa. La autora abogaba por la necesidad de llegar a 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 potestad. La regulación del desamparo era 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.

La LO 1/1996, de 15 de enero, vino a solventar de alguna forma la situación, al diferenciar (sea al menos formalmente), como hemos visto más arriba, en las situaciones de desprotección social del menor, 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 potestad (13).

Establecida la diferencia, al menos formalmente, entre riesgo y desamparo, las consecuencias diferentes de una y otra situación son evidentes (14). Mientras que la declaración de riesgo acarrea la actuación paliativa de la Administración, que ha de poner medios para solucionarlo, pero ni asume la tutela del menor ni se suspende la patria potestad ejercida por sus padres o tutores sobre el mismo, la declaración de desamparo, según se plasmó ya en la propia Exposición de motivos de la Ley 21/1987, y recogió el artículo 172 CC, cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239 CC, acarrea la asunción de la tutela automática a cargo de la Entidad Pública a la que correspondiese en el territorio la protección de los

(12) *Vide* BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *ob. cit.*, pp. 27 ss; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., «El acogimiento del menor en situación de desamparo», *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinar*, García Garnica Mc (dir.), Thomson-Aranzadi, 2008, p. 236.

(13) BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *ob. cit.* pp. 16 y 18.

(14) 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», *Aranzadi Civil*, vol. III (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, Bib 1999/1429, p. 8).

menores (15), confiando la guarda de éstos a la citada Entidad, que habrá de actuar bajo la superior vigilancia del Fiscal. Éste a su vez podrá proponer al Juez las medidas de protección que estime necesarias, podrá actuar a través de los Directores de los establecimientos públicos o privados que de ella dependen o bien confiando la guarda a la persona que formalice el acogimiento familiar. Se trataba, por tanto, de establecer un posible control judicial a posteriori.

La atribución de la tutela automática a la Administración, una vez declarada la situación de desamparo, fue objeto de críticas por entender que ello contravenía claramente lo dispuesto en el CC, que en su artículo 231 atribuye a la autoridad judicial la constitución de la tutela y en su artículo 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 artículo 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 incapacitados (16).

Igualmente se apuntó que tal tutela, en todo caso, 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 (17).

(15) En relación con la denominada «asunción automática de la tutela por ley» se pronuncia Moreno Torres-Sánchez, 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 Comunidades Autónomas. 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 declare dicha situación, se podrá proveer a la misma del carácter automático que precisa (MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 127 ss. y 154).

(16) Así lo puso de manifiesto Serrano García, I., al comentar precisamente el artículo 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) (*Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I, 1991, p. 578).

(17) DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., 1989, pp. 304-305. *Vid.* en el mismo sentido MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 33.

Mantiene el mismo criterio la RDGRN de 22 de junio de 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: «... Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha y que como tal debe inscribirse en el Registro Civil, por más que el artículo 172 del Código Civil se refiera a la función

Ha sido no obstante la legislación autonómica la que, al amparo del artículo 149.1.8 CE, y dentro del marco competencial atribuido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ha ido desarrollando en el marco de una legislación propia de protección de la Infancia y la Adolescencia, los conceptos de riesgo y desamparo, así como las medidas de actuación en cada uno de los supuestos. En ellas se ha ido especificando no sólo el 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 delimitado (18).

protectora ejercida, como tutela asumida por ministerio de la Ley. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas (*cf.* art. 218 CC), faltando dicha resolución, por definición, en la tutela legal del artículo 172 del Código Civil...

.... Por otro lado, esta tutela por ministerio de la Ley debe considerarse supletoria, en el sentido de que, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste (*cf.* art. 239 CC), lo cual implica que la tutela asumida por las entidades públicas, no es propiamente la tutela ordinaria a la que se refiere el artículo 218 del Código Civil, sino la consecuencia que, en orden a la protección del menor y por imperio de la ley, se produce cuando existe una situación de desamparo... Esta situación de desamparo es la que, «de facto, desencadena todo el procedimiento protector, debiendo cesar tan pronto como desaparezca la causa que la motiva. Habida cuenta de que, únicamente la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre los menores por lo que a la privación total o parcial de la patria potestad se refiere (*cf.* art. 170 CC) hay que concluir que la suspensión a que hace referencia el artículo 172 del Código Civil es consecuencia del hecho del desamparo, o lo que es igual, se declara el desamparo precisamente porque no se están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, lo que de hecho conduce a la suspensión, en su ejercicio, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado (*cf.* art. 172, 1, III, CC)...»

(18) Casi todas las Comunidades Autónomas se han provisto de una regulación específica, más o menos amplia, en la que, con mayor detalle que el texto del CC se incluyen en el ámbito de las medidas de protección de la infancia y la adolescencia, normas específicas dedicadas a las situaciones de riesgo y desamparo de menores. Dentro de las leyes que regulan la materia hemos de referirnos fundamentalmente a aquellas aparecidas con posterioridad a la LO 1/1996, como son:

– CA de Aragón (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 de octubre [Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (BOA de 23 de octubre de 2008)]; Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona de Aragón (BOA de 30 de diciembre de 2006) y recientemente el Código del Derecho Foral de Aragón [Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo –LARG 2011/118–] que deroga la Ley 2006 y dedica el capt. VIII (arts. 160 a 169) a la guarda administrativa y al acogimiento.

– CA Castilla y León (Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia) (BOE de 17 de agosto), D. 131/2003, de 13 de 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 (BOCL de 19 de noviembre) y D. 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo y desamparo (BOCL de 31 de mayo).

– CA País Vasco (Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia) (BOPV de 30 de marzo), modificada parcialmente por la Ley 3/2009, de 23 de diciembre (BOPV de 31 de diciembre; BOE de 16 de marzo de 2010)

– CA Navarra (LF 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 2 enero de 2006) y D.F. 7/2009, de 19 enero –Reglamento de desarrollo– (BON de 18 de febrero); Ley Foral Navarra de Infancia y Adolescencia 18/2010, de 8 de noviembre, que modifica determinados preceptos de la LF de 2005 (BON 139, de 15 de noviembre de 2010).

– CA La Rioja (Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores) (BOE de 23 de marzo).

En mayor o menor medida, cada una de las legislaciones autonómicas señaladas, recogen con gran detenimiento cada una de las situaciones –Riesgo y Desamparo– desarrollando en cuál o cuáles circunstancias se puede entender que se da una situación u otra (19).

- CA I. Baleares (Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de atención a los derechos de la Infancia y la Adolescencia) (BOE de 13 de diciembre).
- CA Valencia (Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la Infancia y la Adolescencia) (BOE de 19 de agosto de 2008).
- CA Cataluña. Libro II. Derecho de Familia y Sucesiones de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) (BOE de 21 de agosto) (arts. 228-1 a 228-9); Ley 14/2010, de 27 de mayo, de Cataluña, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm. 156 de 28 de junio).
- CA Galicia (Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia (DOG de 20 de junio; BOE de 11 de julio); D. 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (DOG de 6 de marzo); Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (DOG de 29 de junio; BOE de 11 de agosto).
- CA Cantabria (D. 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores y a la Adopción, y se regula el Reglamento de protección de la Infancia y la Adolescencia (BOC de 16 de julio)
- CA Andalucía (Ley 1/1998, de 20 abril, de los Derechos y la Atención al menor (BOJA de 12 de mayo; BOE de 24 de junio)
- CA Castilla-La Mancha (Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor (DOCM de 16 de abril); D. 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores de Castilla-La Mancha (DOCM de 29 de enero).

(19) Díaz 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 resume las diferentes situaciones consideradas en general como tal: a) Cuando no existan personas a las que legalmente corresponda ejercer la guarda del menor, b) Cuando las personas a las que compete ejercer la guarda estén imposibilitadas para su ejercicio, o en circunstancias de ejercerla con peligro para el menor, c) Cuando exista un incumplimiento o un ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos legalmente para la guarda de menores, d) Cuando el menor sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación, mendicidad o cualquier otra situación análoga, e) Falta de escolarización del menor o ausencia reiterada y no justificada del mismo al centro escolar por causa imputable a quienes ejercen la guarda del menor (padres, tutores o guardadores), f) Consumo habitual de alcohol, sustancias tóxicas o psicotrópicas en el entorno familiar del menor si perjudica su desarrollo y bienestar). Cuando sus padres o tutores no soliciten la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de su asunción por la Administración, h) Cualquier otra causa por la que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral y material a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos.

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 (*Vide* DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo de menores y acogimiento», *Aranzadi Civil*, vol. III (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, Bib 1999/1429, pp. 2 ss.)

Vide 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, Miguel Pasquau Liaño (dir.), Art. 172, Comares, 2009, pp. 171 y ss, y 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

Dentro de las leyes autonómicas señaladas resulta interesante por su planteamiento y su carácter reciente, la regulación que a la materia confiere la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de Cataluña, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm. 156, de 28 de junio). Deben mencionarse aquí, por la importancia que tienen, algunos de los conceptos utilizados por la misma más allá de la estricta definición jurídica. A lo largo del texto se utilizan repetidamente los conceptos de *promoción*, *prevención*, *atención*, *protección* del niño y el adolescente. Conceptos que sirven para delimitar *ab initio* ante qué situaciones procede considerar al menor en «riesgo», y ante cuáles en «desamparo».

La *promoción* es el conjunto de actuaciones sociales que se desarrollan «aunque nada vaya evidentemente mal», porque obedecen a objetivos de mejora social y responden a anhelos o aspiraciones colectivos, particularmente a los de un bienestar personal y social mayor.

La *prevención* es el conjunto de actuaciones sociales destinadas a preservar al niño o al adolescente de las situaciones que son perjudiciales para su sano desarrollo integral o para su bienestar.

La *atención* es el conjunto de actuaciones sociales para «cuando las cosas empiezan a ir mal» o para cuando sólo van «un poco mal» y existe la probabilidad, y no la certeza, de que el desarrollo integral del niño o el adolescente puede resultar afectado negativamente. La consecuencia jurídica de estos casos es la declaración de riesgo.

La *protección* es el conjunto de actuaciones sociales reservadas para «cuando las cosas van mal», cuando el desarrollo integral del niño o el adolescente parece claro que resulta seriamente afectado, a la vista de los conocimientos científicos actuales. Una de sus consecuencias jurídicas es la declaración de desamparo.

Se define en la Ley catalana la situación de riesgo (arts.102 a 104) como aquella en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, si los progenitores o guardadores no asumen o no pueden ejercer completamente sus responsabilidades, y establece una lista de situaciones consideradas de riesgo, lo que, según su exposición de motivos debe ser de gran ayuda para los profesionales que deben evaluar y decidir sobre un niño o adolescente en concreto (20).

adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión social», *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, coord. por Padial Albás, A. M.ª/ Toldrà Roca MD, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 67 a 113.

(20) Conforme al artículo 102.2 de la Ley, son situaciones de riesgo:

«a) La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente.

b) La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.

c) La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico o emocional sobre el niño o el adolescente que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.

d) Las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del niño o el adolescente.

e) La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo y el abandono escolar.

Define también el desamparo, y lo hace partiendo de criterios objetivos. Se considera desamparado el niño o el adolescente que se encuentra en una situación de hecho en la que le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva deba aplicarse una medida que implique la separación del núcleo familiar (art. 105.1) y añade después una serie de indicadores de desamparo que, como en el caso del riesgo, deben coadyuvar a la adopción de decisiones tomadas por los profesionales responsables y facilitársela (21).

Dentro de las legislaciones señaladas resulta interesante igualmente el tratamiento de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Comunidad Autónoma Valenciana, que

f) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente.

g) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

h) Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas.

i) Cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente.»

(21) Conforme al artículo 105.2 de la Ley, son situaciones de desamparo:

«*a)* El abandono.

b) Los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de esas personas.

c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación.

d) El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente.

e) El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercuta gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente.

f) El suministro al niño o al adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica realizado por las personas a las que corresponde la guarda o por otras personas con su conocimiento y tolerancia.

g) La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución por parte de las personas encargadas de la guarda, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica.

h) La desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada.

i) La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo.

j) La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones.

k) Las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad.

l) Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral.»

desarrolla con gran detalle las diferentes situaciones de riesgo (arts. 93 a 98), desamparo (arts. 99 a 108) y acogimiento y su tipología (arts. 109 a 122), y aunque en cuanto a la definición del desamparo mantiene en su artículo 99 la misma definición del CC, sin establecer distinción entre posibles supuestos, resulta relevante el especial detalle con que se regulan las situaciones de riesgo, que son realmente las que en la práctica tienden a confundirse por la Administración con el desamparo.

Igualmente el Reglamento de 2008, de Aragón (D. 190/2008, de 7 octubre), de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, regula con gran detalle el procedimiento a seguir en las situaciones de riesgo (arts. 15 a 22), dedicando un capítulo al desamparo, que define en su artículo 28 conforme a los criterios señalados en el CC, pero añadiendo una relación de supuestos en los que se considera la existencia de desamparo. Resulta interesante observar, cómo en tal relación se excluye precisamente la referencia al supuesto genérico al que se hacía mención más arriba, que constituye en la práctica un cajón de sastre por donde pueden escapar auténticos supuestos de riesgo y no desamparo (22).

Por su parte, la Ley 17/2006, de 13 noviembre, de las Islas Baleares, que aborda igualmente los supuestos de riesgo, desamparo (artículo 63) y acogimiento, debe destacarse por su regulación detallada en cuanto a las situaciones de riesgo se refiere, en su artículo 60 (23). En esa misma línea, el D. 4/2010, de 26 de enero, de

(22) Se consideran conforme al citado precepto que existe una situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:

«a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los titulares de la autoridad familiar o el tutor, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor.

b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la autoridad familiar o la guarda o cuando no pueden o no quieren ejercerlas.

c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente o con el consentimiento familiar del menor.

d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, tráfico de drogas, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación.

e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables legales de los menores impida su adecuada atención.

f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo.»

Por su parte, el artículo 118.2, del Código del Derecho Foral de Aragón, de 22 de marzo de 2011, introduce un nuevo elemento hasta ahora no incluido: «La situación de desamparo se interpretará de forma restrictiva. La mera situación de riesgo no constituye desamparo».

El legislador pone de manifiesto el carácter restrictivo del desamparo.

(Se detallan igualmente los supuestos de desamparo en la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de La Rioja, así como en el art. 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Castilla y León, y en el art. 33.2 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, de Galicia, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia –DOG de 6 de marzo–).

(23) «1. Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares o por influencia de su entorno, la persona menor de edad se ve perjudicada en su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las administraciones competentes para eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo.

2. Constituyen situaciones de riesgo:

a) La falta de atención física o psíquica de la persona menor de edad por parte de sus progenitores o de la persona que ejerza la tutela o guarda, que suponga perjuicio leve para su salud física o

Castilla-La Mancha, de protección social y jurídica de los menores (DOCM de 29 de enero), desarrolla de manera específica los medios de actuación de la Administración ante situaciones de riesgo, mediante los denominados «programas de intervención familiar» (art. 9) que suponen una puesta en marcha de medios de actuación previos a cualquier medida que implique el alejamiento del menor de su entorno familiar.

2. COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA DECLARACIÓN DEL DESAMPARO

Aunque de la redacción otorgada al artículo 172 CC en 1987, no resultaba explícita la atribución de la competencia para la declaración del desamparo a las Entidades Públicas, fueron ya entonces numerosas las voces que se alzaron, 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 Bernaldo 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 proceda (24).

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

emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por su naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.

b) La dificultad sería de que las personas referidas en el apartado anterior tengan para dispensar adecuadamente a la persona menor de edad la referida atención física y psíquica, no obstante su voluntad de hacerlo, cuando ello suponga los efectos descritos en dicho apartado.

c) La utilización del castigo físico o emocional sobre la persona menor de edad que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.

d) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde éste para su tratamiento a través de los servicios y recursos normalizados, conlleven, no obstante su carácter incipiente o leve, indicadores desencadenantes o favorecedores de la marginación, la inadaptación o la desprotección de la persona menor de edad.

e) La desescolarización o el absentismo escolar habitual o sin justificación durante el período obligatorio.

f) Cualesquiera otras de las contempladas en el apartado primero que, de persistir, pudieran evolucionar y derivar en desamparo de la persona menor de edad (se refiere igualmente a las posibles situaciones de riesgo el art. 45 de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, así como el art. 48 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Castilla y León).»

(24) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, 1989, p. 613.

incurros en causa de privación de la patria potestad, no suponiendo en modo alguno una valoración de la conducta de los padres (25).

Cuando se reforma nuevamente el artículo 172 en la disposición final quinta de la LO 1/1996, de 15 de 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.

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 comunicar 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 ordinaria (26).

Así pues, 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 1/1996, 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 desamparo*, que si bien revisten o pueden revestir de gravedad, merecen tener un tratamiento diverso (27).

(25) Respecto de la génesis del precepto y, básicamente del debate que sobre el concepto de desamparo y abandono existió en la redacción del artículo 172 CC, resultan de gran interés las reflexiones realizadas por M. 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*, Tecnos, 1997, pp. 26 y 27). *Vide* igualmente el estudio sobre la evolución del concepto de CAPARRÓS CIVERA, N. y JIMÉNEZ-AYBAR, I., «El acogimiento familiar. Aspectos Jurídicos y sociales», *Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia*, 29, Universidad de Navarra, Ed. Rialp, S.A., 2001, pp. 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 Comunidades Autónomas la competencia en esta materia (p. 44). En palabras de los autores, la reforma de 1987 no supuso una mera modificación del CC en la materia, sino «una metamorfosis total de la maquinaria estatal protectora del menor, cuyo motor impulsor son ahora los servicios sociales de la Administración».

(26) 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.

(27) Señala M. 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 oposi-

La Administración, las Entidades Públicas en muchas ocasiones, más de las que serían deseables, confunde ambos conceptos. Confusión entre situaciones de riesgo frente a las más graves de desamparo, o precipitación en buscar soluciones a los problemas de los menores que como veremos van incrementándose. El problema no 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» (28).

ción 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, Miguel Pasquau Liaño (dir.), Art 172, Comares, 2009, pp. 171 ss, p. 679).

J. 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*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 37). En esa misma línea parece ir el legislador aragonés al incluir en el párrafo 2.º del artículo 118, del Código de Derecho Foral de 2011, el carácter «restrictivo» de la declaración de desamparo.

(28) Fulminante resulta A. Carrasco Perera en su apreciación sobre la actuación de la Administración en relación con la declaración del desamparo que apunta: «Recientemente se han sucedido noticias relativas a padres indigentes que han perdido la custodia de sus hijos al declarar la Administración la situación de desamparo legal, o que no han podido recuperar esta custodia tras una etapa de acogimiento temporal en una “familia canguro”, por considerar el juez que los niños quedarían mejor servidos permaneciendo con la familia de acogida. Era una evolución previsible que el concepto de “desamparo” no iba a quedar reducido a las situaciones marginales de abandono, maltrato físico o abuso sexual. Era sospechable desde 1987 que esta institución acabaría absorbiendo cualquier situación familiar que pudiera calificarse “socialmente” de patológica o escandalosa: niños educados en religiones incomprensibles, modos de vida familiares extravagantes, gitanos no escolarizados, inmigrantes desarraigados, prostitutas y drogadictos con hijos; y, finalmente, los pobres, que por su condición no pueden prestar a sus hijos los medios materiales o espirituales que les permitan salir del hoyo negro de la indigencia.

Esta eclosisión de hipocresía social es alarmante y desalentadora. Con dinero público se pagan vastas estructuras de psicólogos, educadores sociales y burócratas que se lanzan a los arrabales de la miseria a la captura de niños que no han tenido la buena fortuna de nacer en el mundo feliz de la clase media. Naturalmente, nunca se dice que la pobreza de los padres conduzca “por sí sola” al desamparo material o moral de los hijos. Se es demasiado hipócrita para confesarlo y se juega inconscientemente con el viejo mito burgués del “pobre decente”, que trabaja honradamente y saca adelante su familia, sin corromperse ni degradarse. Pero esto es un sucio mito, que hoy heredan las buenas gentes de la pacata clase media que constituye el electorado y la opinión pública, embrutecida por los medios de comunicación y con una culturilla de televisión. No hay pobreza decente; no hay paro que no degrade el medio humano de la familia; no hay indigencia que no sea ignominiosa. No hay futuro en la pobreza. Los estudios revelan que los padres biológicos nunca salen del estado negativo de marginación y miseria que provocó la situación de desamparo. Y, si por acaso salen adelante, tampoco recuperarán a sus criaturas, pues los psicólogos y los jueces y las familias de acogidas se encargarán de consagrar como “supremo interés del niño” que quede en las manos de su actual poseedor. No hay acogimientos “con retorno”.

El “supremo interés del niño” eleva cada día más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esta exigencia. Como tampoco hay mercado de niños (¡y con qué frivolidad se maldice a la mujer hindú que vendió a su hija por unas piastras!), éstos acaban siendo transferidos, en un procedimiento sinuoso y opaco, de las clases miserables a las acomodadas. Defendámonos de esta dictadura de la buena conciencia social. Dejad a los pobres en la pobreza; dejad a los niños con sus padres. ¡O dejad al menos que sean ellos quienes los vendan!...» (CARRASCO PERERA, A., «Desamparados», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi núm. 583 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003).

En cualquier caso y siguiendo con la regulación que a la materia se ha venido otorgando en las diferentes Comunidades Autónomas, resulta interesante destacar cómo, con independencia de la urgencia lógica que las situaciones de riesgo y desamparo provocan y determinan precisamente que sea la Administración la que actúe, se han desarrollado en este ámbito protocolos de actuación ante las situaciones de riesgo como previas a la más grave «declaración de desamparo».

Así, en la ya citada Ley de 27 de mayo de 2010 de Cataluña, de derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia se prevé, dentro de la intervención de los servicios sociales que valoren la situación de riesgo, la elaboración de un compromiso socioeducativo con los progenitores o tutores del menor, orientado a superar la situación de riesgo en que se pueda encontrar el menor (art. 103), en el que se evalúe la situación de riesgo, concretando las medidas que se aplicarán desde los servicios sociales básicos o desde otros servicios especializados para la superación de la situación perjudicial (medidas a las que se refiere explícitamente el art. 104)(29).

Sólo si no se obtiene la colaboración de los progenitores, de los titulares de la tutela o de la guarda, o si se niegan a participar en la ejecución de las medidas acordadas y ello comporta un peligro para el desarrollo o bienestar personal del niño o el adolescente, o si en el transcurso de la intervención se da cualquier otra situación de desamparo, los servicios especializados de atención a los niños y a los adolescentes deben elaborar el informe propuesta y elevarlo al departamento competente para que incoe el correspondiente procedimiento de desamparo.

Vide 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 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, S.A., Pamplona, 1999.

(29) Artículo 104. Medidas de atención social y educativa ante las situaciones de riesgo.

«Las medidas que pueden establecerse una vez valorada la situación de riesgo son las siguientes:

a) La orientación, el asesoramiento y la ayuda a la familia. La ayuda a la familia incluye las actuaciones de contenido técnico, económico o material dirigidas a mejorar el entorno familiar y a hacer posible la permanencia del niño o el adolescente en el mismo.

b) La intervención familiar mediante el establecimiento de programas socioeducativos para los progenitores, tutores o guardadores con la finalidad de que alcancen capacidades y estrategias alternativas para el cuidado y la educación de sus hijos o del niño o el adolescente tutelado.

c) El acompañamiento del niño o el adolescente a los centros educativos o a otras actividades, y el apoyo psicológico o las ayudas al estudio.

d) La ayuda a domicilio.

e) La atención en centro abierto y otros servicios socioeducativos.

f) La atención sanitaria, que incluya la intervención psicoterapéutica o el tratamiento familiar, tanto para los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda, como para el niño o el adolescente.

g) Los programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar.

h) La asistencia personal para los progenitores, tutores y guardadores con diversidad funcional que les permita asumir sus obligaciones de atención y cuidado de los niños y los adolescentes.

i) La asistencia personal para los niños y los adolescentes con diversidad funcional que les permita superar la situación de riesgo.

j) Cualquiera otra medida de carácter social y educativo que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo.»

Por otro lado, cuando proceda la declaración de desamparo, la Ley Catalana prevé, frente a la regulación que se desprende del artículo 172 del Código Civil como previo a la iniciación del expediente de desamparo, la apertura de un período previo de información, debiendo por otro lado notificarse a los padres o tutores la incoación del expediente, informándoles del derecho a comparecer en el expediente aportando los elementos de prueba que estimen pertinentes o realizar las alegaciones oportunas. Igualmente y una vez elaborado el informe propuesta por parte de los equipos técnicos, debe darse audiencia y vista del expediente a los padres o tutores por plazo de diez días. En cualquier caso, la Administración está obligada a resolver el expediente en un plazo de un año desde su incoación, transcurrido el cual el procedimiento se entiende caducado (art. 106). No en todas las Comunidades Autónomas se regula sin embargo con tal detalle la tramitación de la información previa al expediente administrativo (30).

III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. ALGUNAS DECISIONES CONTROVERTIDAS

1. DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO DE DOS MENORES SEVILLANOS. LA STC 124/2002, DE 20 MAYO, SUS ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS POSTERIORES

Como ejemplo más llamativo, entre otros muchos, en los que se han puesto de manifiesto las consecuencias negativas de la confusión entre riesgo y desamparo,

(30) Los artículos 17 ss del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria (BOC de 16 de julio), regulan igualmente con detalle el procedimiento previo a la declaración de desamparo que, frente a la regulación catalana establece un plazo de 6 meses para resolver sobre el expediente. *Vide* igualmente artículos 16 ss Decreto 4/2010, de 26 de enero de 2010, de protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha (DOCM de 29 de enero), artículos 8 ss de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (DOG de 29 de junio; BOE de 11 de agosto). Igualmente los artículos 50 ss de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (BOLR de 9 de marzo; BOE de 23 de marzo), que fija un plazo inferior, de tres meses, para resolver el expediente. Se refieren también al procedimiento administrativo previo los artículos 65 ss de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears (BOIB de 18 de noviembre; BOE de 13 de diciembre).

Por su parte, el Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, de Navarra, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia (BON de 18 de febrero) regula en su sección tercera las situaciones de riesgo (arts. 23 a 26). En esta sección se determinan con claridad, y en atención a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que deben imperar en el sistema de protección, distintas situaciones de desprotección que conllevarán la correcta aplicación de diferentes medidas de protección. La distinción clásica impuesta en la legislación estatal y recogida en la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, que diferencia, por un lado, la situación de riesgo y, por otro, la situación de desamparo, se detalla, ampliando la situación de riesgo (riesgo de desprotección leve, moderado y severo). Se regula igualmente el procedimiento administrativo previo a una posible declaración de desamparo, estableciendo los medios de garantía suficientes para la participación en el mismo de las personas interesada (padres, tutores y el propio menor), debiendo resolverse, cuando de declaración de desamparo se trata, en un plazo de seis meses, prorrogables por otros tres cuando las necesidades de información así lo demanden (arts. 27 a 34).

de la inadecuada actuación de la Administración, y de la trascendencia irreparable del transcurso del tiempo en estos procesos, se encuentran los hechos que dan origen a la STC 124/2002 de 20 mayo (RTC 2002\124) y las sucesivas resoluciones judiciales vinculadas con ellos, en relación con la declaración de desamparo y posterior acogimiento preadoptivo de dos menores sevillanos en 1996 por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía que culmina, tras seis años de procesos, con una revocación de la declaración de desamparo, con la imposibilidad pese a ello, del retorno de los menores a su familia biológica, y con la condena a la Administración como responsable de tal situación.

El calvario comienza con la resolución de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de 12 de noviembre de 1996, por la que se declaró en situación de desamparo a los menores, quienes hasta entonces se encontraban viviendo con su madre biológica(31), y se acordó su ingreso en un centro de acogida. Casi ocho meses después, en junio de 1997, se ratificó la situación de desamparo citada y se acordó la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo, siendo designados a tales efectos como acogedores los demandantes de amparo, a quienes se les hizo entrega de los menores en esas mismas fechas.

Ante la oposición al desamparo y acogimiento, formulada por la madre biológica de los menores, y previa acumulación de las actuaciones, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla dictó sentencia, de fecha 8 de septiembre de 1998 (más de un año después de adoptadas las medidas), en la que declaró no haber lugar a la oposición al desamparo, ratificando por tanto la declaración realizada por la Consejería de Asuntos Sociales. La decisión fue apelada por la madre biológica.

El curso del proceso de declaración de desamparo, con la consiguiente separación de madre e hijos, se ve afectado cuando, en el mes de marzo del año 2000 (un año y medio después de la sentencia de instancia), los «acogedores» tuvieron conocimiento de que el procedimiento de oposición al desamparo no había aún concluido, pues se estaba tramitando el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, circunstancia que hasta entonces ignoraban. Motivo por el cual, el 10 de abril de 2000 presentaron escrito de personación en los autos acumulados de oposición al desamparo y de acogimiento, para ser parte en el procedimiento y defender los intereses de los menores que, en definitiva, eran los suyos propios desde que les fueron entregados el día 2 de junio de 1997.

La Audiencia Provincial de Sevilla, por auto de 5 de junio de 2000 desestimó la pretensión de los demandantes de amparo de ser parte en el expediente, por lo que éstos interpusieron recurso de súplica contra el anterior auto, que fue inadmitido a trámite por auto de 11 de julio de 2000, al considerar que no procedía su tramitación, puesto que anteriormente no había sido admitida su personación en el expediente.

(31) La situación fáctica que determina la declaración de desamparo y acogimiento de los menores arranca del alcoholismo de la madre, que se descubre tras una intervención policial en el domicilio donde la misma se encontraba con los menores. Pese a tal situación, obviamente no deseable para la convivencia de aquéllos, los servicios sociales del Ayuntamiento de Sevilla no informaron negativamente en contra de la madre, entendiéndolo que el elemento determinante para valorar sobre la situación y posterior destino de los menores sería el análisis de la evolución de la madre. Pese a ello, y a constatar en el procedimiento que ésta estaba sometida a un proceso de rehabilitación, y que en 1998 no había vuelto a consumir alcohol, fue declarada la situación de desamparo y acogimiento preadoptivo por el propio juzgador de Instancia.

Siguiendo con el procedimiento inicial, y sin la presencia de los acogedores, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia en fecha 12 de junio de 2000 (JUR 2000/283139), en la que estimó el recurso de apelación interpuesto por la madre de los menores y en consecuencia declaró la inexistencia de la situación legal de desamparo, dejó sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo constituido a favor de los demandantes de amparo, y ordenó que los menores fueran devueltos y colocados bajo la guardia y custodia de su madre biológica, recuperando ésta así su patria potestad, lo que se debería llevar a cabo de inmediato. Se consideró, en definitiva, que la situación de los menores no había sido de desamparo sino de riesgo (32).

(32) Señala la AP en su fundamento de Derecho único que: «... Ante la contundencia y tozudez de la realidad de una enfermedad felizmente superada y definitivamente curada gracias a la voluntad, sacrificio y perseverancia de la recurrente, y que acredita la inexistencia de obstáculos para el correcto ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia de sus hijos, en lo que favorece igualmente el encontrarse actualmente realizando actividad laboral, sólo restaba por conocer si para el preferible retorno de sus hijos a su cuidado y compañía podía haber influido de alguna manera de forma negativa el transcurso del tiempo, no sólo desde que fueron apartados de su madre, sino incluso desde que el juez *a quo* dictó la resolución recurrida, lo que hacía preciso conocer el estado actual de los menores en la familia que viene ejerciendo como acogedora así como los recuerdos y opinión de los menores hacia su madre, de ahí que se hubiera acordado como diligencia para mejor proveer la audiencia a los menores a que se refiere el artículo 12 de la LO 1/1996 (RCL 1996, 145), de protección jurídica del menor, cuyo resultado no puede ser más positivo, pues pese a la buena estancia en la actual familia, respecto de la que no manifiestan objeción alguna, y pese al lógico olvido y enfriamiento de sentimientos por el transcurso del tiempo, lo que se acentúa más en unos menores, la memoria de los menores, especialmente de la mayor de los hermanos, no ha quebrado, y es contundente al afirmar que el único problema con su madre era el alcoholismo y que si lo superase le gustaría volver con su madre, siendo de destacar que no se apreció esa confusión mental a la que en algún informe alude el Ministerio Fiscal, pues pese a llamar también madre a la actual acogedora, diferenciaba bien entre una y otra madre, de ahí que no se observe peligro de trastorno alguno si se acordase la reinserción con su familia de origen, esto es con su madre; no se puede penalizar a los menores apartándolos de la madre biológica por lo que no ha sido sino una enfermedad por ésta padecida que en su momento le impidió ejercer normalmente sus funciones compadre, pues no puede haber duda alguna que es siempre un perjuicio para los menores su apartamiento de sus familias biológicas para entrar en otra acogedora o adoptiva, por mucho cariño o bienes materiales que en la nueva se les dispense; de ahí que ya el artículo 11.2 de la LO 1/1996, ya citada, señale que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés; y el artículo 172.4 del Código Civil señala que se procurará siempre la reinserción del menor en su propia familia; si todo ello lo ponemos en consonancia con el postulado legal y que no se discute de que cualquier actuación se hará en interés del menor no puede sino colegirse que la reinserción en su propia familia cuando sea posible acentúa y coincide con el interés del menor. Si ello es así, y no cabe duda que lo es, la Administración y el Ministerio Fiscal en su momento, así como el juez *a quo* al confirmarlo, no actuaron conforme con tales postulados, porque, en efecto, eran posibles otras actuaciones, tales como un seguimiento íntimo respecto de la pronta y rigurosa rehabilitación de la madre, que en efecto así discurrió, que permitiese el rápido regreso de los menores con ella, o bien considerar que la entonces embriaguez de aquella constituía simplemente un factor o situación de riesgo a que se refiere el artículo 17 de la reiterada LO 1/1996 que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos debió orientarse a disminuir los factores de riesgo, poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla, y realizando el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

En definitiva, porque la situación potencialmente peligrosa para los menores fue pasajera, de una duración de escasos meses, calificable como enfermedad, de la que se recuperó en su totalidad, no existiendo ya situación ni actual ni potencial de riesgo para los menores, y visto asimismo que el regreso de éstos a su madre no les causa perturbación alguna como ha tenido ocasión de constatar el Tribunal en la actualidad, procede, estimando el recurso, dejar sin efecto la resolución recurrida, afirmar que no existe situación legal de desamparo y que, por tanto, tampoco procede el acogimiento preadoptivo, el que asimismo quedará sin efecto a fin de que los dos menores sean devueltos de inmediato a su madre...».

El 8 de septiembre de 2000 (casi tres meses después de la sentencia de la AP) se interpuso en la representación de los acogedores de los menores recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, contra los dos autos de la AP de Sevilla (de 5 de junio y 11 de julio de 2000) por las que se denegaba –en el primero– la personación a los recurrentes (los acogedores) en el procedimiento sobre declaración de desamparo de los menores, y se inadmitía el recurso de súplica contra aquél –en el segundo–. En él se invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al haberles denegado su personación en el proceso, por considerar que, en tanto que padres acogedores en régimen de preadopción, tenían interés en el proceso y derecho a participar en el mismo, afectando éste de forma directa o indirecta en sus intereses. Se estimaba igualmente que, frente a los argumentos de la AP para denegar su presencia, si bien los intereses de los menores estaban atendidos con la presencia del Ministerio Fiscal y la Administración, ello no implicaba que dicha atención correspondiera de modo exclusivo y excluyente a aquéllos.

El TC, en sentencia 124/2002, de 20 de mayo (TRC 2002\124) otorga el amparo a los acogedores de los citados menores y declara la nulidad de los autos recurridos, así como de la SAP Sevilla de 12 de junio de 2000 (33). Todo ello, dicho sea

(33) Así resuelve el TC en su fundamento de Derecho 6.º que: «... en atención a la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los menores, y en atención también al objeto del procedimiento, en el que, en virtud de la acumulación de autos acordada por el Juzgado de Primera Instancia, se ventilaba, no sólo la oposición a la declaración de desamparo, sino también la formalización judicial del acogimiento preadoptivo a favor de los demandantes de amparo, no cabe negar a éstos un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo, puesto que la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento y confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba 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 expectativa. En consecuencia, siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propio y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo...»

Incluso desde la perspectiva del prevalente interés superior del menor, que se configura como principio rector de la actuación de todos los poderes públicos en este ámbito (art. 11.2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), no cabe negar en principio la condición de parte interesada y su consiguiente oportunidad de participar en el procedimiento para ser oídos (artículo 9 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989) a quienes, como los demandantes de amparo, y en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, habían convivido con ellos los tres últimos años, configurando un mismo núcleo familiar, cuando solicitaron la personación en el procedimiento, al objeto de que, en aras a la satisfacción de aquel interés prevalente, pudieran informar sobre la situación actual de los menores y su integración en la vida familiar...».

Señalando en su fundamento de Derecho 7.º que: «... Tampoco supera aquel canon el segundo de los motivos esgrimidos por la Audiencia Provincial, para denegar la personación de los demandantes de amparo, cual es que los intereses de los menores se encontraban defendidos por el Ministerio Fiscal y la Administración. El hecho de que los intereses de los menores estén representados por el Ministerio Fiscal y la Administración Autónoma competente no reviste carácter excluyente de la intervención de otros posibles interesados en el procedimiento en atención al interés superior de los menores, condición que en este caso debe predicarse, sin duda, de los demandantes de amparo en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, con quienes estaban conviviendo insertos en un mismo núcleo familiar desde el mes de junio de 1997...»

E igual conclusión ha de alcanzarse en relación con el tercero de los motivos en los que se fundó la decisión recurrida en amparo, dado que el principio de obligada reserva que debe presidir todas las

de paso, casi seis años después de la declaración de desamparo de los menores realizada por la Administración (34).

Posteriormente la AP Sevilla, ya con la presencia de los acogedores en el proceso, en sentencia de 26 diciembre 2002 (JUR 2003\147679) (35) resuelve en el mismo sentido que hiciera en 2000, desestimando la declaración de desamparo y por tanto revocando el acogimiento preadoptivo, pero, al no haberse ejecutado la primera sentencia por negativa del Juez de Primera Instancia, amparado en el artículo 158 CC, resultó imposible la ejecución de la sentencia y, por tanto, el

actuaciones de formalización y cesación del acogimiento (arts. 173.5 CC y 1826 LECiv) no resultaba incompatible en este caso con la intervención de los acogedores en el procedimiento, siendo factible que la misma se produjera, reservando u ocultando su identidad, y manteniendo así la confidencialidad de los acogedores sin merma de su derecho a la tutela judicial efectiva...».

(34) Sobre la STC 124/2002 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, S.A., Pamplona, 2002).

(35) La SAP Sevilla de 26 de diciembre de 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:

«... la negativa en su momento del juez a ejecutar lo acordado por este Tribunal, y por tanto su desobediencia, al ampararse en un artículo el 158 código civil, manifiestamente inaplicable, ... dio lugar a que se sucediesen una serie de acontecimientos que fueron provocando confusión en los menores que se percataron de que tanto por el juez *a quo* como por sus acogedores y por la Administración no se consideraba definitivo lo que con este carácter había resuelto este Tribunal, inyectándoles a los menores un mar de dudas y vacilaciones acerca del regreso ya acordado, propiciando se inseguridad y desconcierto, haciéndoles especialmente vulnerables dada su corta edad, y cayendo en un desequilibrio emocional y psíquico que desde luego vino a desvirtuar todo el resultado positivo de la exploración ante este Tribunal...

... del examen del resultado del programa de acercamiento que resume el informe del equipo de psicólogos se constata, sin necesidad de contemplar nuevas expectativas que no son de esperar pues cuánto más tiempo transcurra mayores son las dificultades y menores las posibilidades de éxito, que el regreso de los menores con su madre resulta ya imposible y deviene una quimera sin un serio quebranto de la salud psíquica, y quién sabe si también de la física, de tales menores, y en cierta manera así lo viene a reconocer la representación de la propia madre biológica en el último trámite de alegaciones...

... el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, y que si la ejecución resultase imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y «fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno; y añade finalmente que será el juez o tribunal a quien corresponda la ejecución el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización, naturalmente sin perjuicio de los recursos pertinentes.

... 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 artículo 18.2 citado, «y fijará en todo caso» la indemnización que sea procedente...».

regreso de los menores con su familia de origen, condenando a la administración a indemnizar a la madre (prestación por equivalente) (36).

Con independencia de la legítima pretensión de los acogedores (y sus derechos legítimos), parece que el TC no tuvo en cuenta de la misma manera «el interés superior de los menores» y lo que para el mismo suponía retrotraer todas las actuaciones al momento del pronunciamiento de la Audiencia. La consecuencia de tal decisión: Unos 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 (37).

(36) Sobre el tema hacemos referencia en este trabajo en el apartado IV.

(37) De manera contundente se manifestó en contra de la decisión del TC de 2000, Barber Cárcamo señalando al comentar esta sentencia que: «... se ha producido la aplicación al recurso de amparo planteado del dogma del interés legítimo, como justificante de la intervención procesal en un caso en que: uno, ni tal interés existía, dos, ni las alegaciones de quien decía ostentarlo hubieran ocasionado alteración alguna en el fallo del procedimiento en que deseaba tomar parte. De manera que, contra su propia doctrina, el Tribunal Constitucional ha adoptado una postura claramente formalista, desatenta a consideraciones de justicia material, que ha provocado una injusticia manifiesta y además de imposible reparación, dado lo sensible e íntimo del objeto del procedimiento: las relaciones paterno-filiales. Y, curiosamente, quizá en esa aproximación formalista al objeto del recurso de amparo hayan resultado determinantes para el Tribunal motivos de índole afectiva, como son las indudablemente estrechas relaciones establecidas entre unos menores y sus acogedores, y de presión mediática. Porque debe advertirse cómo, ante estos supuestos de conflicto entre padres y acogedores, los medios de comunicación toman radicalmente partido en contra de los primeros, atribuyendo rápidamente a los segundos la condición de «padres acogedores». Lo cual lleva a algunos de los Letrados implicados en el recurso a identificar el interés del menor con el de los acogedores, entre otros dislates.

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. Para empezar, la situación concreta planteada parecía requerir de meras medidas de reparación del riesgo (*vid.* artículo 12 LO 1/1996, del Menor [RCL 1996, 145]) dirigidas a la 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* (Estudio). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2002, p. 15).

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, Pamplona, 2006, p. 5).

2. DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO DE UN MENOR. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL PROBLEMA DEL RETORNO A LA FAMILIA BIOLÓGICA (STS DE 31 DE JULIO DE 2009) (38)

Los hechos de los que arranca la STS de 31 de julio 2009 (RJ 2009\4581) no difieren sustancialmente de los planteados en el apartado anterior. La Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, declaró en 2003 la situación legal de desamparo de una menor, nacida en abril de 2001, sobre la base del modo y circunstancias de vida de la madre biológica (negligencia en el cuidado de la misma, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja y negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales). El desamparo se declara pese a tomar en consideración el hecho de que en el momento de su adopción la madre se encontraba adaptada y con estabilidad familiar, aunque seguía presentando déficit en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carecía de las herramientas suficientes para educar y cuidar a su hija, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. Consta 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, una vez fallecido el padre de la misma en el mes de julio de 2003. Consecuencia de la declaración de desamparo se acuerda prohibir todo contacto de la menor con la madre y gestionar de inmediato un acogimiento preadoptivo.

Ante la impugnación del desamparo y asunción de tutela por la Administración, presentada por la madre biológica, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Toledo dictó auto desestimatorio el 1 de julio de 2005, y acordó la constitución de su acogimiento preadoptivo, con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica. Básicamente, si se le permite, atendiendo a la situación de estabilidad de la menor con los «padres de acogida», respecto a la situación de la madre biológica, cede la estabilidad ante una más que dudosa declaración de desamparo, con apoyo en el recurso fácil al «interés superior del menor». No hay comparación posible, aunque no se tome en consideración, ni se entre siquiera en el debate, sobre el hecho de que la madre biológica había tenido otro hijo posteriormente con una nueva pareja (39).

(38) Sobre la misma *vid.* BENAVENTE MOREDA, P., «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre 2009, pp. 9-56; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Impugnación de la declaración de desamparo y acogimiento familiar de un menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», Comentario a la STS de 31 de julio de 2009, *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1429 a 1459.

(39) 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. El desamparo se declara fundamentalmente atendiendo a las condiciones socio-culturales de la madre señalando 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 doña María del Pilar ejerce

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 instancia y declaró no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo, con inmediata recuperación de su custodia y sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales, de las medidas adecuadas para la adecuada reinserción de la menor en su familia biológica. La Audiencia, en relación con la declaración de desamparo considera que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39.1 C.E, debe hacerse siempre una interpretación restrictiva que ni la Administración ni el JPI realizó (40).

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:

a) 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 adminis-

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 doña 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 tres años podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y de comportamiento...».

(40) Así se señala que «... 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 manera 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 de 1986 en su artículo 9, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el artículo 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».

La Audiencia, por otro lado, pone de manifiesto 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 preadoptivo; 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), y 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, luego. 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.

trativa 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».

b) 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 artículo 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».

Al hilo de las dos cuestiones fundamentales sobre las que gira el pronunciamiento de la STS de referencia: Si procede o no analizar el cambio de circunstancias producidas en la familia biológica con posterioridad al momento en el que se declaró el desamparo y, cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con tales circunstancias al objeto de valorar el posible retorno del menor a su familia biológica, el TS considera que han de tenerse en cuenta no sólo las circunstancias existentes en el momento de declarar el desamparo, sino también las posteriores. El criterio seguido no difiere en mucho del mantenido en otros casos. Ante una, creemos que más 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 en julio de 2009, seis años después de su comienzo).

Objetivamente podemos pensar que se resuelve de una manera intachable sobre la base de que ha de primar en todo caso, la defensa del «interés superior del menor». Pero con la solución a la que se llega, o más bien, atendiendo a las razones que justifican llegar a tal solución, se pone claramente de manifiesto el fallo del sistema, la incongruencia del sistema, que a partir de una decisión administrativa, más o menos acertada –la declaración de desamparo que no de riesgo– puede crear una situación de indefensión real y patente para los padres biológicos o tutores, sin

que ello implique necesariamente que por ello quede salvaguardado realmente el «interés superior del menor».

A la vista del pronunciamiento 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 seis años, y si los acogedores son, en principio, personas con las que los menores establecen vínculos afectivos y mantienen estabilidad física y psíquica. Parece evidente que por mucho que las condiciones personales, socioculturales, económicas y todo lo que se les quiera pedir a los padres biológicos hayan evolucionado 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. Y ésta es precisamente a lo que conduce la posición mantenida por el TS (41).

Lo complejo y absolutamente «diabólico» no sólo de la sentencia, sino del proceso mismo, del sistema, es que, la resolución, atendiendo al interés superior del menor, no podría haber sido diferente, debido al tiempo transcurrido desde el comienzo del mismo y teniendo en cuenta que, pese a establecerse procesalmente como veremos, cauces diferentes para la oposición al desamparo y para el

(41) Señala el fundamento de Derecho 6.º: ... Estos principios... (se refiere al principio de reinserción en la propia familia y al del interés del menor), considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»).

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor...».

acogimiento, estos procesos se tienden a acumular. Sin embargo, sin perjuicio de que ésta 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 (42).

Sobre las premisas legales anteriores, la posición del TS en la sentencia 31 de julio 2009, como hemos visto más arriba, técnicamente admite como situación de desamparo la que fue definida en instancia, 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 acogimiento, toma en consideración las circunstancias posteriores de la madre biológica, como se pone de manifiesto en el fundamento de Derecho 7.º, desdibujando con ello los límites y diferencias existentes entre el procedimiento de oposición al desamparo y el de oposición al acogimiento (43).

(42) Compartimos la posición mantenida por Ballesteros de los Ríos que, al comentar precisamente esta STS, señala que uno de los criterios que ha de guiar las actuaciones en esta materia es que, en principio, el mantenimiento del vínculo del menor con su propia familia ha de considerarse prioritario, y ello por más que objetivamente las condiciones materiales de que vaya a disfrutar el menor si se declara el desamparo y se establece el acogimiento en una familia sean mejores que las que cabe esperar si permanece o retorna a su familia de origen («Impugnación de la declaración de desamparo y acogimiento familiar de un menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», Comentario a la STS de 31 de julio de 2009, *CCJC*, núm. 84, 2010, p. 1442).

(43) La apreciación por el TS, sentando doctrina al respecto, de 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 el que se produjo la declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en posición de asumir nuevamente la patria potestad, supone, en palabras de la propia sentencia, admitir la «exclusión de la preclusividad», reflejada en el artículo 413 LEC, que consagra el principio de perpetuación de la acción, al disponer que: «no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción».

Este principio, señala el TS en su sentencia, 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 rijan 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, sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (art. 172.4 CC) (criterio admitido en las SSTC 75/2005, de 4 de abril, y 58/2008, de 28 de abril).

Pues bien, precisamente la toma en consideración de tales circunstancias posteriores lo que hace es desdibujar los límites entre el procedimiento de oposición al desamparo y el de solicitud de su cese, lo que supone, en palabras de Barber Cárcamo, tanto como «llevar a la oposición del desamparo, consideraciones propias de otra actuación, la instancia de cese del acogimiento...» (*ob. cit.*, p. 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 (arts. 779 y 780 LEC).

IV. EL JUEGO DE INTERESES EN TALES PROCESOS

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PUNTO DE PARTIDA (ART. 172.4 CC)

A. El problema de la reinmersión en la familia de acogida frente al retorno a la familia de origen

Regula específicamente la cuestión el núm. 4 del artículo 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» (44).

La modificación producida en el texto legal resulta esclarecedora en la medida que lo que ha de quedar como prevalente en cualquier actuación que pueda conducir a la reintegración del menor a su familia de origen, es precisamente su interés, y no el de nadie más.

Así pues, dos elementos juegan en este terreno, con preponderancia del primero sobre el segundo: primero, buscar el interés del menor; segundo, 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, aderezados por el papel determinante del tiempo en los procesos, por la confusión de procesos y acumulación procesal de los mismos –el de desamparo y el del acogimiento–, así como por errónea creencia, frecuente en muchos casos, de que «el interés de los niños» se encuentra en proporcionarles «los mejores padres» (45), conducen en la práctica de nuestros tribunales, a convertir el segundo de los elementos –el

(44) El artículo 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 artículo 172.4, conforme a la 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».

(45) Así lo apuntaba Bercovitz-Rodríguez Cano, al analizar el supuesto planteado en relación con la declaración de desamparo de la «niña de Benamaurel». Supuesto en que, al igual que el de los menores sevillanos a los que nos referíamos más arriba, se planteó igualmente el debate entre los padres de origen (padres adoptivos) y los padres de acogida, ante la declaración de desamparo de la menor por la Administración: «... el hecho de que un niño se encuentre a gusto con la familia a cuya custodia ha sido encomendado no puede predominar sobre la opción preferible en principio, legalmente reconocida, de procurar la reinserción en su familia original; en este caso la familia adoptiva. No cabe duda de que, además, junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado. La protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos.

La situación de desamparo sólo puede pues declararse en circunstancias de extrema necesidad, no puede depender de meros criterios educativos, más o menos acertados, pero opinables...» (BERCOVITZ-

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.

La pregunta por tanto que nos hacemos es la siguiente: ¿Cuándo debería producirse el reintegro del menor desamparado a la familia de origen?

Obviamente, la respuesta a esta pregunta está clara: cuando, debiendo reintegrarse, sea lo más adecuado al interés del menor. El paso siguiente por tanto nos conduce a otra cuestión: *¿Cuándo debe reintegrarse en todo caso dando por supuesto que se protege el interés del menor?*

Y la respuesta a esta última cuestión nos sitúa ante dos supuestos diferentes:

a) Por un lado, el menor debería reintegrarse en su familia de origen 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 artículo 172.7 CC, redactado tras la reforma operada por Ley 54/2007, prevé la posibilidad de que los padres puedan solicitar, en el plazo de dos 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.

b) Por otro lado, el menor debería retornar a la familia de origen cuando se revoque judicialmente la declaración de desamparo si se estima inexistente la causa que determinó la declaración por parte de la Administración. Posibilidad que deriva de la facultad de oposición que los padres o tutores tienen conforme al artículo 172.6 CC y conforme a los trámites y plazos más breves, previstos en los artículos 779 y 780 LEC 2000, igualmente modificados por la Ley 54/2007.

Se trata, 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 transcurso 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.

B. El transcurso del tiempo y el alejamiento de la familia de origen como condicionantes. Consecuencias del imposible retorno

Tal y como acabamos de señalar y pone de manifiesto la doctrina, haciéndose eco de la realidad de las resoluciones judiciales, el tiempo juega un papel determi-

RODRÍGUEZ CANO, R., *¿Protección de menores «versus» protección de progenitores?*, *Aranzadi Civil*, 1999-III, pp. 12-13 y *Aranzadi-Westlaw* (Bib 2000, 235) p. 2 (*vid. nota 29*).

nante en todos los casos de reintegración a la familia de origen (46). Esto es, a mi entender, lo que ocurre en los dos supuestos analizados en el apartado anterior, objeto de resolución por el TS y TC.

En el caso de la STS de 31 de julio de 2009 (fundamento de Derecho 6.º) el transcurso del tiempo resulta definitivo, al valorar en el proceso el cambio de circunstancias desde que se adoptó la resolución administrativa del desamparo para revocar la resolución de la Audiencia, estimar el desamparo de la menor y confirmar el acogimiento preadoptivo, utilizando unos argumentos —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 no sólo en el ejercicio de la patria potestad como consecuencia de la declaración de desamparo, sino también el régimen de visitas —a ella y a la abuela paterna—(47), en

(46) Así lo afirma García Pastor, al comentar la jurisprudencia reciente sobre el artículo 172 CC, al afirmar 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 inserción, 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, Miguel Pasquau Liaño dir., Artículo 172, pp. 171 ss. COMARES, 2009, pp. 683 a 686).

Insiste igualmente en lo decisivo que resulta el factor tiempo en estos procesos M. Ballesteros de los Ríos, que, señala, no sólo incide en la dificultad del retorno de los menores desamparados a su familia de origen, máxime cuando como consecuencia de la declaración se suspende el régimen de visitas, sino que puede incidir en las decisiones judiciales posteriores, bien a la hora de dictarlas, bien a la hora de ejecutarlas. Los tribunales que resuelven sobre la oposición al desamparo o al acogimiento, señala la autora, «... deben tener en cuenta que sus decisiones pueden ser irreversibles. Igualmente deberían aplicar la máxima agilidad a la hora de ejecutar lo juzgado, por la nefasta repercusión del transcurso del tiempo en materia de menores...» (CCJC, núm. 84. 2010, p. 1446).

(47) 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 A. de la Oliva Vázquez 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 cautelarmente, 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 período de tiempo de años, que prácticamente recorre la infancia del 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

base a una calificación inicial, basada 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) (48).

En el caso de los menores sevillanos el transcurso del tiempo condiciona todo el proceso, pese a la inexistencia, finalmente, del desamparo, hasta el punto de hacer imposible el retorno. En este supuesto, como ya hemos señalado más arriba, además no pareció tenerse en cuenta de la misma manera el interés superior del menor cuando el TC, en su sentencia de 20 de mayo de 2001 anuló 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 mismo, pese a la paralización del proceso que ello suponía.

Realmente, la posibilidad del retorno a la familia de origen en las circunstancias señaladas se convierte en una mera declaración de intenciones (49), y creemos que con ello juegan intencionadamente en algunas ocasiones las partes cuyos intereses se ponen en juego en estos procesos. Una manifestación evidente 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 aún más el proceso, con la petición de amparo ante el TC.

¿Cuáles son las consecuencias 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

VÁZQUEZ, A., «El acogimiento del menor en situación de desamparo», *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinaria*, Thomson-Aranzadi, dir. García Garnica, MC (dir.), 2008, p. 241.

(48) La STS de 31 de julio de 2009, tras razonar sobre la prioridad del interés superior del menor sobre cualquier otro, como es de de inserción 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, concluyendo 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.»

(49) SERRANO GARCÍA, I., *ob. cit.* p. 580; DÍAZ GARCÍA, H., *ob. cit.* pp. 21 ss.

tiene, de las consecuencias que se han articulado 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 sustitución.*

Tal prestación, en los supuestos en que se ha producido, exclusivamente atiende, si se puede considerar que lo hace efectivamente, a los intereses de los padres de origen, pero en modo alguno da respuesta al «interés superior» del menor o menores a los que de manera irreparable se les prive durante años del derecho a estar con su familia (50).

Tal opción encuentra su reflejo más significativo en la ya citada SAP de 26 diciembre de 2002, que condenó 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 por 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 407/1997, 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 biológica 72.000 euros. La AP revocó la decisión de instancia, elevando la indemnización a un millón cuatrocientos mis euros, en una resolución ejemplar, creemos, donde además 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 al caso, utilizados en los supuestos de privación de libertad (51). La Junta de Andalucía

(50) ¿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 afectividad, 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.

(51) Así señala la AP Sevilla en su auto de 30 de diciembre de 2005 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 superior al de la muerte. Por tanto no vale como referente el indicado baremo rechazando una vez más el referente del baremo indemnizatorio de los accidentes de circulación, y no existiendo ninguno otro conocido al que acudir para reducir al máximo el grado de discrecionalidad del Tribunal, 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, debiéndose tener presente que el criterio utilizado por el Alto Tribunal es progresivamente creciente, es decir, que estima que el sufrimiento va en aumento no de forma igualitaria según transcurre el tiempo Traslado tales supuestos, al aquí enjuiciado,

interpuso recurso de amparo ante el TC, que fue desestimado en sentencia de 21 de enero de 2008 (RTC 2008/4).

En la decisión del TC en sentencia de 21 de enero de 2008, se pone de manifiesto que a la hora de valorar la denominada prestación por equivalente a la que fue condenada la Administración ha de tenerse presente siempre el interés prevalente del menor por lo que es «imposible desconocer lo que resulta evidente, y es que los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan» (STC 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71, F 2])» (52).

2. LAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE PADRES O TUTORES FRENTE A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Tras las diversas reformas que afectan directamente al desamparo de menores-Ley de 1987, LO de protección jurídica del menor de 1986, LEC 2000, y por últi-

debe tenerse en cuenta que todas las cifras han de multiplicarse por dos, por dos han sido las privaciones de la solicitante, dos hijos, tenerse en cuenta que los hechos datan de 1996, y que por tanto las cuantías han de ser actualizadas...».

(52) Se esgrimirá en el recurso de amparo la desviación de las resoluciones impugnadas en fase de ejecución, respecto de los términos del fallo de la sentencia, implicando ello una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

El TC, una vez analizado el alcance del control que el propio órgano judicial puede realizar en relación con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, entra a perfilar el sentido del fallo de la SAP de 26 diciembre 2002, a efectos de comprobar la adecuación a él de lo acordado para su ejecución, considerando que tal adecuación existe: «... En las resoluciones ahora impugnadas no se observa... aquella quiebra lógica e incoherencia que determina, a efectos exclusivos del control de constitucionalidad, la irrazonabilidad manifiesta de la motivación, dado que la Sala sentenciadora adopta unos criterios indemnizatorios que, independientemente de su grado de acierto, toman el daño (físico y moral) causado a la actora por la separación de sus hijos como premisa de la determinación de la indemnización sustitutoria de la ejecución que le reconoce el fallo ejecutado; daño que viene a consolidar y a actualizar el pronunciamiento firme que declara la imposibilidad de reintegración de los menores a la convivencia con su madre, haciendo definitiva la situación de separación de los menores. Ello se desprende claramente del fundamento jurídico quinto del auto impugnado, de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70), en el que la Sala indica expresamente los dos criterios que ha seguido para fijar el *quantum* indemnizatorio: “el de la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, y el de la pérdida de los hijos, y este segundo criterio a su vez ha de tener en cuenta, por una parte, el tiempo que ha estado apartada de los mismos, que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está; por otra, el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor, y finalmente la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae nuestra resolución del año 2002 en la que se acuerda la inejecutividad”. Por la razón apuntada no puede considerarse irracional o manifiestamente irrazonable, en el grado en que ha de desarrollarse el escrutinio constitucional que nos es propio, el proceder del órgano judicial que pondera los daños ocasionados por una separación que se transforma, finalmente, en pérdida de la expectativa de reintegración de los menores a la situación de convivencia con la actora, su madre biológica...». (Fundamento de Derecho 9.º).

mo la señalada Ley 54/2007 de Adopción Internacional, con la vigencia añadida de los preceptos reguladores de la Jurisdicción Voluntaria en la LEC 1881–artículos 1825 ss, con exclusión del artículo 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 contradicción (53). Tampoco queda muy claro que con ello se confiara mayor claridad al proceso, antes bien, 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.

¿Con qué recursos cuentan los padres/tutores atendiendo a las referidas modificaciones legales?:

a) Oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley.

b) Revocación de la declaración de desamparo y cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad por cambio de circunstancias.

c) Oposición a la resolución que acuerde el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o porque exista dentro del círculo del menor, personas más idóneas a las designadas.

d) Oposición al acogimiento familiar acordado por la Entidad pública.

Me referiré a cada una de ellas.

A. Oposición a la declaración de desamparo, a la asunción de tutela por la Administración y a la suspensión de la patria potestad (art. 172.6 CC)

El artículo 172.6 CC (54) 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 se hace hoy a los artículos 779 y 780 LEC.

(53) 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.

(54) El citado párrafo 6 del artículo 172, así como la actual regulación de los preceptos procesales, obedecen a la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, 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, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Hasta este momento, y bajo la regulación conferida al precepto por la Ley 21/1987, de 17 de noviembre, de Adopción, 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 respecto. El único proceso previsto hasta la reforma de 1996 era el de oposición al acogimiento previsto en el artículo 173 CC (*Vid.* al respecto el análisis detallado que se hace sobre la evolución legal del procedimiento de oposición a la declaración de desamparo, BENAVENTE MOREDA, P., «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23 enero/diciembre, 2009, pp. 34 ss).

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 ley (55) 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 párrafo 2 del artículo 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 artículos 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.

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 días (56). El procedimiento, conforme a lo previsto en el artículo 780.3 LEC, seguirá los trámites del juicio verbal, por la remisión que se hace al artículo 753 LEC (57).

Acertado resulta dar carácter preferente a tales procesos, pero sin embargo parece dudoso que el señalamiento de plazos para oponerse a la resolución admi-

(55) Como señalaba J. Pérez Martín al comentar precisamente el texto de los citados preceptos procesales conforme a la redacción original en la LEC, 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», *El Derecho de Familia y Sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 2001, p. 229).

(56) 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 artículo 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.* p. 230).

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

M. Serrano Masip 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», *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, coord. por Padial Albás, A. M.ª/Toldrà Roca MD, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 165 a 167.

nistrativa de desamparo y suspensión de la patria potestad pueda resultar una solución al inadecuado funcionamiento del sistema en este punto en concreto. Lo que procedía 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 progenitores (58). 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 un concepto tan amplio como indeterminado bajo el que cabe todo, «el interés superior del menor» (59), 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.

B. **Revocación de la declaración de desamparo y cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad por cambio de circunstancias (art. 172.7 CC)**

Prevé el párrafo 7 del artículo 172 CC, que en el *plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declara el desamparo* 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 potestad (60). Pueden igualmente en el citado período, oponerse a las medidas que se adopten respecto de la protección del menor (art. 172.7).

No obstante, transcurrido el citado plazo decae para los padres/tutores, la posibilidad de solicitud citada, aunque podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de circunstancias en relación con

(58) La modificación introducida en el artículo 172, responde, conforme señaló De la Oliva Vazquez (*ob. cit.* p. 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.

(59) 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», *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, coord. por Padial Albás, A. M.ª/Toldrà Roca MD, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 17 a 40 y CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008, pp. 39 a 43.

(60) Curiosamente, la STS de 31 de julio de 2009 en su fundamento de Derecho 3.º, párrafo 2, invoca 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 artículo 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.

el desamparo. Aquella podrá no obstante, de oficio o a instancia de éste o de persona o entidad interesada, revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si se considera lo más adecuado al interés del menor (art. 172.8 CC) (61).

Esta nueva opción de revocación del desamparo se incorpora al CC fruto de la reforma llevada a cabo en el artículo 172 CC por la Ley 54/2007, de Adopción Internacional. Supuesto que viene a hacer aún más farragoso el elenco de posibles vías de impugnación con las que cuentan los padres biológicos, en muchas ocasiones desprovistos del nivel cultural, social y económico para afrontar, no sólo económica sino anímicamente la opción por la que deben optar para recuperar a los hijos de los que, también en algunas ocasiones no alcanzan a comprender la razón última del alejamiento y separación (62).

(61) El plazo para la revocación del desamparo por cambio de circunstancias previsto en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña se reduce a un año, y debe ser resuelta en plazo de tres meses, pasados los cuales se entiende desestimada por silencio (art. 115).

(62) Una evidencia de lo señalado lo constituye la simple lectura de la SAP de Palencia de 20 diciembre 2009 (AC 2010/121), en que se deniega la recuperación por parte de los padre de la guarda de su hijo menor, por haber caducado el plazo para el ejercicio de la acción de revocación previsto en el artículo 172.7 CC.

La Audiencia, entendemos, hace un auténtico esfuerzo en su razonamiento lógico para diferenciar los diversos supuestos de actuación, oposición y reclamación que el CC prevé tras la reforma operada por la Ley 54/2007, y en concreto la diferencia entre la acción prevista en el artículo 172.7 CC y la que establece el reformado artículo 780 LEC: «... Comparte esta Sala esta última apreciación del recurso, la decisión de 24 de abril de 2008 es una auténtica resolución administrativa en cuanto va más allá de la mera información que contiene pues decide la petición que la parte solicitante realiza respecto de la revocación de la situación de desamparo y cese de la suspensión de la patria potestad, decidiendo así de forma directa el fondo del asunto planteado a la Administración, convirtiéndose con ello en una decisión impugnabile ante la jurisdicción civil conforme a los artículos 172 CC y 780 LEC y artículo 69 de la Ley 14/2002, de 25 de julio (LCyL 2002, 408 y LCyL 2003, 30), de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León...

... Tanto el párrafo final del núm. 7 del artículo 172 CC como el núm. 8 del mismo precepto contemplan la posibilidad de que los padres puedan facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la situación de desamparo (art. 172.7 CC) y solicitar, en cualquier momento, la revocación de la declaración de desamparo y la vuelta del menor con su familia (art. 172.8 CC), siempre que, en este último caso, el menor no se encuentre integrado de forma estable en otra familia o que sea lo más adecuado a su interés. Por tanto, los padres tenían posibilidad de plantear a la Administración la revocación de la decisión de desamparo y el cese de la suspensión de la patria potestad en que se encontraban y todavía se encuentran. Igualmente debe reconocérseles legitimación procesal o aptitud para impetrar el proceso civil planteado, pues expresamente el artículo 172.7 CC les reconoce tal posibilidad cuando por cambio de circunstancias se encuentren en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad e igualmente les reconoce la posibilidad de oponerse a las decisiones que se adopten respecto de la protección del menor. No cabe duda que estamos ante dos acciones distintas, la de recuperación del pleno ejercicio de la patria potestad y extinción de la tutela administrativa, por un lado, y la acción de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, por otro, pero en ambas se admite la legitimación de los padres para interponerlas...

... Lo que ocurre, y por ello la sentencia apelada debe ser confirmada, aunque matizando sus argumentos, es que la posibilidad de ejercicio de cualquiera de las acciones expuestas ha caducado pues el citado artículo 172.7 CC sujeta su ejercicio al plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declaró el desamparo, decisión que en el presente caso se adoptó el 31 de mayo de 2004. Trascurrido dicho plazo es evidente que a los padres solo les corresponde el derecho a facilitar la información a que se refiere el párrafo final del artículo 172.7 CC o el derecho de petición del artículo 172.8 CC.

C. Oposición a la resolución que acuerde el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o porque exista dentro del círculo del menor, personas más idóneas a las designadas (art. 172.3, pfo. 2.º CC)

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 si la guarda de los

... La introducción de dicho plazo de dos años por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre (RCL 2007, 2383), que modificó tanto el artículo 172 CC como el 780 LEC, trata de evitar las distorsiones o disfunciones que creaba en el sistema de protección de menores la inexistencia de plazo o límite temporal para impugnar por la familia de origen las decisiones en materia de protección. Al estar sometidas las resoluciones administrativas de declaración de desamparo y asunción de tutela legal automática de menores y las resoluciones complementarias de protección, incluidas las de acogimiento, a una permanente provisionalidad, derivada del hecho de ser susceptibles de impugnación judicial en cualquier momento por los padres del menor, sin sujeción a plazo o límite temporal alguno, se creaba una situación especialmente negativa y desestabilizadora para la situación de los menores bajo tutela o acogimiento de la entidad pública, pues, especialmente en el caso de menores tutelados a temprana edad, implicaba admitir que los progenitores o tutores podían encadenar durante años, hasta la mayor edad del menor, un rosario de procedimientos de oposición a las sucesivas resoluciones administrativas de declaración de desamparo, prórroga del desamparo o acogimiento en sus diversas modalidades, entorpeciendo y dificultando, cuando no impidiendo, la plena integración del menor en una nueva familia en los casos en que se hubiere constatado objetivamente una clara incapacidad de la familia de origen para modificar positivamente las circunstancias que motivaron la inicial declaración de desamparo... Por ello, con el loable propósito (aunque con deficiente técnica legislativa) de no tener abiertos permanentemente procesos judiciales de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección y favorecer y facilitar los procesos de acogimiento o adopción de los menores tutelados, garantizando así la integración de los mismos en un núcleo familiar definitivo, estable e idóneo para su desarrollo personal normalizado, cuando la reintegración o reinserción en su entorno familiar de origen se prevea, en atención a las circunstancias concurrentes, muy difícil o imposible, la Ley 54/2007, a través de la reforma de los artículos 172 CC y 780 y 781 LEC, ha variado el sistema de impugnación, ante el orden jurisdiccional civil, de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, sobre la base de diferenciar varios tipos de acciones de impugnación y establecer distintos plazos para su ejercicio (en el supuesto que nos ocupa dos años, artículo 172.7 CC), materializando de este modo la exigencia, impuesta por razones evidentes de seguridad jurídica pero también en interés del menor...

... Cabría achacar a esta interpretación que consagra la falta de control jurisdiccional de las decisiones de la Administración transcurridos dos años desde la declaración de desamparo, pero a juicio de esta Sala esta situación no debe producirse dada la intervención del Ministerio Fiscal en esta materia. La falta de mención expresa en este precepto a la legitimación del Fiscal no supone que no la tenga para formular oposición judicial a dichas resoluciones, pues la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores que el artículo 174 CC encomienda al Ministerio Fiscal y sus funciones institucionales y estatutarias como defensor del interés del menor pueden servir de título jurídico suficiente para atribuir al mismo legitimación activa para recurrir tales resoluciones administrativas como único modo de someter al control jurisdiccional de los Tribunales civiles las decisiones sobre los menores tutelados adoptadas una vez transcurrido el plazo de dos años desde la asunción de su tutela legal. De no admitirse la legitimación del Ministerio Fiscal tras finalizar dicho bienio, el interés y beneficio de los menores tutelados y la legalidad de las decisiones administrativas de la Entidad Pública quedarían sustraídas a la fiscalización jurisdiccional y a la tutela judicial efectiva de los Tribunales, lo que concordaría mal con la protección a la infancia prevista tanto en los acuerdos internacionales como en la propia Constitución (art. 39) que velan por sus derechos. Sin duda, por ello el núm. 8 del artículo 172 CC impone la notificación al Fiscal de las decisiones sobre revocación de la decisión de desamparo, que debe entenderse extendida a las denegatorias de tal revocación, y el núm. 7 del mismo precepto faculta a los padres para facilitar información al Ministerio Fiscal "sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo", suministro de información que no tendría ningún valor si no fuese un reconocimiento indirecto de la legitimación del Ministerio público...»

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. El plazo para formularla es de dos meses desde que la medida adoptada les sea notificada.

La posibilidad que se ofrece en este caso no supone, o no ha de suponer necesariamente, que los padres o tutores se opongan o no consientan el acogimiento acordado, fundamentalmente porque la opción se confiere no sólo a quienes les sea suspendido 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 implica 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 en aquellos casos en los que 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 hemos señalado y analizaremos en el apartado siguiente, cuentan con un procedimiento regulado específicamente en otro apartado del citado artículo 172 CC.

El plazo con el que cuentan para la primera «oposición» es de dos meses, como hemos señalado más arriba. El plazo para el de la oposición a la declaración de desamparo es de tres. El primer plazo viene dado por lo dispuesto en el propio artículo 172, el segundo por la remisión que el párrafo 6 del artículo 172 hace a la LEC y por tanto a lo dispuesto en el artículo 780 LEC 2000. A mayor abundamiento podemos pensar que, el plazo de oposición previsto en el artículo 172.3 párrafo segundo, nos situaría igualmente en el artículo 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 ésta, 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 artículos 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 ésta? ¿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?

D. Oposición al acogimiento familiar acordado por la Entidad pública (art. 173.3 CC)

El vigente artículo 173.3 CC, redactado conforme a la LO 1/1996, de 15 de enero, prevé que en caso de oposición de los padres o tutor del menor al aco-

gimiento, o en caso de no consentirlo, éste sólo podrá ser acordado por el juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto no se produzca la resolución judicial. Igualmente la entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al juez de manera inmediata, y en todo caso, en el plazo máximo de quince días (63).

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

Cuando el artículo 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 21/1987 (64).

La entrada en vigor de la nueva LEC 2000 supone una nueva alteración en el proceso de oposición al acogimiento.

Por un lado, resultan de aplicación (conforme a lo dispuesto en la disposición 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 artículo 1827, que quedaba expresamente derogado y que 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.

(63) La oposición al acogimiento aparecía, tras la reforma operada en el CC por Ley 21/1987, de 21 de noviembre, en el artículo 173.2, párrafo 2.º, señalándose que en tal caso, o cuando los padres o tutor no comparecieran, sólo podría ser acordado por el juez en interés del menor, conforme a los trámites de la LEC.

No aparecía regulado en tal caso el posible acogimiento provisional ni la referencia a la necesaria presentación de la propuesta por la entidad pública ante la autoridad judicial.

(64) La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo en su artículo 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., *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, pp. 319 a 376)

El procedimiento establecido para constituir el acogimiento, cuando fuese necesaria decisión judicial, era el establecido en el artículo 1828 LEC, como supuesto especial de los procesos de jurisdicción voluntaria, situación ésta que se daría como subsidiaria de un acogimiento administrativo previamente intentado y frustrado por la oposición o incomparecencia de padres o tutores. Ahora bien, en el caso de plantearse oposición al acogimiento por parte de alguno de los interesados, resultaba aplicable el artículo 1827 LEC, conforme al cual no sería de aplicación la norma general prevista en el artículo 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 voluntaria (*ob. cit.* pp. 357 a 360).

En todo caso y salvo tal excepción, siguen en vigor el resto de las normas de jurisdicción voluntaria de referencia, incluida la contenida en el ya mencionado artículo 1828 LEC relativo expresamente a la constitución del acogimiento, cuando éste requiriese decisión judicial. Y ello ocurre precisamente, en el supuesto contemplado en el artículo 173.3 CC (65).

Por otro lado, la nueva LEC 2000 regula explícitamente en sus artículos 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 sitúa 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)

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 artículo 173.2 CC.

c) En el caso de ausencia de consentimiento de los padres/tutores u oposición de los mismos (art. 173.3 CC), el acogimiento sólo podía ser acordado judicialmente, conforme a los trámites establecidos en el artículo 1828 LEC 1881 –vigente conforme establece la propia LEC 2000 en su disposición derogatoria única.1 (66).

d) Presentada oposición por parte de los padres/tutores, podíamos pensar que la tramitación sin embargo ha de realizarse conforme a lo dispuesto en los artículos 779 y 780 LEC, habida cuenta que conforme a la redacción que se otorgó al artículo 780, no se discrimina en cuanto al procedimiento a seguir, entre las posibles resoluciones administrativas impugnables en materia de protección de menores (67). Sin embargo, creemos que en este caso, el procedimiento debe ser 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

(65) *Vid.* BARBER CÁRCAMO, R, *ob. cit.* p. 8.

(66) 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 artículo 1827. Sin embargo no aparece mencionada en ningún momento en la citada disposición derogatoria única, la derogación de la disposición adicional 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:... «3.º 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.

(67) Un argumento para justificar la aplicación de tales preceptos podría encontrarse en el hecho de que la LEC en su disposición derogatoria única mantuviera la normativa de la LEC 1881 sobre jurisdicción voluntaria, salvo, expresamente el artículo 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 artículos 779 y 780 de la nueva LEC son los que resultarían aplicables.

tutela automática y suspensión de la patria potestad, porque, respecto al acogimiento, ninguna resolución administrativa podrá existir ni formalizarse en modo alguno si existe la oposición por parte de los padres.

En tal caso, la única vía ante la oposición de los padres al acogimiento, está claro que ha de ser la prevista en el artículo 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 entidades públicas, y si tal decisión no existe, no hay resolución administrativa que impugnar. Sólo queda el recurso al proceso judicial previsto, como se ha indicado, en la norma procesal prevista en el artículo 1828 citado (68).

De lo dicho hasta ahora podemos concluir en todo caso que 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, da como resultado un panorama cuanto menos poco esclarecedor.

Piénsese simplemente en la situación de unos padres a los que se les suspende del ejercicio de la patria potestad, como consecuencia de la declaración de desampa-

(68) Debe señalarse, no obstante, que, de alguna forma resulta problemática la aplicación de la norma invocada –art. 1828 LEC 1881– en cuanto se refiere a la fase de audiencia prevista en el párrafo 2.º del citado precepto, fundamentalmente a partir de la reforma que del artículo 172.1, párrafo 3.º, se produce con la LO 1/1996, de protección jurídica del menor. El citado párrafo 1 del artículo 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.

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 artículo 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.

Así, 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 potestad.

En relación con esta cuestión Barber Cárcamo aboga por una interpretación no literal, lógica y sistemática del artículo 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 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 de 16 de julio de 1998, que frente a la interpretación literal propugnada por la Generalitat Valenciana, contraria a la audiencia a los padres, considera que «cuando el artículo 1828 LECiv (LEG 1881, 1) dice que “se oír 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. p. 12, nota 18).

ro 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 artículo 172.3 párrafo 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 (69).

3. ¿Y EL INTERÉS DE LOS ACOGEDORES?

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.

Como hemos tenido ocasión de analizar en este trabajo, la STC 124/2002, de 20 de mayo (RTC/2002/124) 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 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 expectativa (70).

(69) 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.

(70) 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

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, 1997.
- «Impugnación de la declaración de desamparo y acogimiento familiar de un menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos». Comentario a la STS de 31 de julio de 2009, *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1429 a 1459.
- 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, S.A., Pamplona, 2002.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero/diciembre 2009, pp. 11-58.

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 de junio de 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—. *Vid.* Nota 37.

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 artículo 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 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, S.A., Pamplona, 2002, pp. 6 ss., y pp.15 ss.).

Las premoniciones de la autora se vieron parcialmente reflejadas, cuando la AP Sevilla resuelve el tema nuevamente en sentencia de 26 de diciembre de 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 artículo 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 anterior 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*, La Ley, 2008, p. 96).

- BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R., «¿Protección de menores “versus” protección de progenitores?», *Aranzadi Civil*, 1999-III, pp.12-13 y *Aranzadi-Westlaw* (Bib 2000, 235).
- CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008.
- CAMPS MIRAVET N., «El principio de interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno», *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, coord. por Padial Albás, AM.ª/Toldrá Roca MD., Tirant lo Blanch, 2007, pp. 17 a 40.
- CAPARRÓS CIVERA, N., y JIMÉNEZ-AYBAR, I., «El acogimiento familiar. Aspectos Jurídicos y sociales», *Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia* 29, Universidad de Navarra, Ed. Rialp. S.A., 2001.
- CARRASCO PERERA, A., «Desamparados», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 583 (Tribuna), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA V., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo V. Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades», Tecnos, 2000.
- DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo de menores y acogimiento», *Aranzadi Civil*, vol. III (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, Bib 1999/1429.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV*, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», 5.ª ed, 1989.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P., «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», *Actualidad Civil*, núm. 12, Quincena del 16 al 30 de junio de 2009, p. 1357, tomo I, Editorial La Ley.
- GARCÍA GARNICA, MC., (dir), *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación Interdisciplinar*, Thompson-Aranzadi, 2008.
- GARCÍA PASTOR, M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, tomo I, segunda edición, dir. Miguel Pasquau Liaño, Art 172, Comares, 2009, pp. 171 ss.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, 2005.
- PADIAL ALBÁS, A., «La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión social», *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, coord. por Padial Albás, AM.ª/Toldrá Roca MD., Tirant lo Blanch, 2007, pp. 67 a 113.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1989, pp. 612 ss.
- PÉREZ MARTÍN, J., «Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores», *El Derecho de Familia y Sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 2001, pp. 229-233.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2000.
- SERRANO GARCÍA, I., *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I, 1991, pp. 577 a 584.
- SERRANO MASIP, M., «La protección del menor en situación de riesgo o desamparo por los órganos judiciales: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria», *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, coord. por Padial Albás, AM.ª/Toldrá Roca MD., Tirant lo Blanch, 2007, pp. 136 a 183.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español*, Fundación Universitaria Española, 2004.
- TOSCANO GIL, F., «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 708/2006, parte Comentario. Aranzadi, Pamplona, 2006.

RIESGO, DESAMPARO Y ACOGIMIENTO DE MENORES...

VARGAS CABRERA, B., *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.

VICENTE GIMÉNEZ, T., y HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. (coords.), *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*, Universidad de Murcia-Aula de Debate, 2007.