

1.6. Responsabilidad Civil

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL A UNA MADRE A LA QUE SE LE PRIVA DE LA POSIBILIDAD DE RECUPERAR LA TUTELA EFECTIVA DE SUS HIJOS.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora Titular de Derecho Civil. UNED

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El acogimiento puede plantear situaciones peculiares. Ya que si bien se trata de una medida protectora presidida como cualquier otra concerniente a los menores por el principio del interés del menor, a veces puede dejarles en una situación de indefensión. Nos referimos, concretamente, a aquellos supuestos en que habiéndose decretado una situación de desamparo, luego se prueba que no ha existido, y, pese a ello, es imposible el retorno del menor a la familia de origen.

Estos supuestos se han convertido en un verdadero caballo de batalla que hay que solucionar. Un sector doctrinal (1) se ha pronunciado de forma contundente sobre estas situaciones (2). Situaciones que también han sido denunciadas en diferentes foros de debate, por diversos especialistas, ofreciendo soluciones. Pese a las situaciones penosas que se han producido en materia asistencial de menores, empapadas de sufrimientos, al legislador no le ha parecido necesario abordar esta reforma y tomar las medidas pertinentes para que problemas como los aquí denunciados no se vuelvan a producir. Una adecuada regulación podría ayudar a dar celeridad a la resolución de esos conflictos.

Es claro que existen diversos intereses en conflicto, todos ellos dignos de protección, y por encima de todos está el del menor. El problema es que en

(1) Veáanse, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores? Comentario al AAPP de Sevilla de 3 de febrero de 2000», en *Aranzadi Civil*, 1999, págs. 2193- 2195. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *La Ley*, 5.189, 22 de noviembre de 2000. CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», en *Revista General de Derecho*, núm. 682-683, julio-agosto de 2001, págs. 6729 y 6730, y el «El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 11/2003 (2003). BARBER CÁRCAMO, R., «La subversión constitucional del acogimiento de menores», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Parte Estudio, núm. 17/2002 (2002). DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», en *Revista de Derecho Privado*, 2003, págs. 166-208.

(2) Como concluye TOSCANO GIL, F.: «en una materia tan delicada como el acogimiento de menores, requiere no sólo de la máxima prudencia por parte de autoridades judiciales ya administrativas, sino también de una mayor dotación de recursos materiales y de técnicas jurídicas más perfectas», «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial», en *Aranzadi*, 2006, pág. 4.

algunos casos ninguno de los intereses en juego queda satisfecho cuando las decisiones sobre los menores se prolongan tanto en el tiempo.

Como acertadamente señala Díez GARCÍA: «cabe preguntarse en qué medida será posible la reinserción del menor acogido en su núcleo familiar de origen cuando, o bien han sido superadas las dificultades que impedirían la atención en su seno, o bien en el caso de que no fuera legítima ya *ab initio* la actuación de la entidad pública al faltar los presupuestos habilitantes para su intervención. Y ello cuando ya el menor se encuentra integrado en una familia acogedora durante cierto lapso de tiempo. Lógicamente, no cabe ofrecer ninguna respuesta unívoca. Sin embargo, resulta ya posible apuntar que, en la mayor parte de los casos, el interés del menor aconsejará mantener el *statu quo*. Pero también evidencia que algo puede fallar en el sistema de protección de menores si la reinserción o el retorno del niño acogido a su propia familia, aun procedente no resulta posible» (3).

Muchos de estos casos han tenido una gran repercusión mediática. Pues bien, al hilo de uno de ellos queremos destacar la problemática que en estos casos se plantea.

Pero conviene, antes de entrar en el fondo del asunto, recordar algunos de los principios inspiradores en materia de protección de menores:

Buscar el interés del menor (4), interés que prima sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [art. 172.4 y 173.3 del Código Civil, arts. 2, 9, 2, 11.2.a) y Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y punto 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño].

Procurar la reinserción del menor en su propia familia [arts. 172.4 y 173.bis. 1.º del Código Civil y 11.2.b) de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del menor y art. 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño].

Procurar que la guarda de hermanos se confíe siempre a una misma institución o persona (art. 172.4 del Código Civil).

(3) Díez GARCÍA, H., *op. cit.*, págs. 170 y 171.

(4) Como afirma PÉREZ MARTÍN, el interés del menor resulta difícil de precisar. Se trata de un concepto jurídico abstracto, indeterminado, pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid, 1998, pág. 41.

Conforme al Auto del Tribunal Constitucional, núm. 28/2001 (Sala Primera, Sección 1.ª), de 1 de febrero (RAT C2001/28), se trata de normas de orden público, y, por consiguiente, de insoslayable observancia en el Ordenamiento Jurídico español con cita, entre otras, de las siguientes sentencias (SSTC 143/1990 [RTC 1990, 143], 298/1993 [RTC 1993, 298], 187/1996 [RTC 1996, 187], 114/1997 [RTC 1997, 114] y 141/2000 [RTC 2000, 141]). Recurso de Amparo núm. 5258/2000.

Algunos autores, como RIVERO HERNÁNDEZ, F., consideran que el interés del menor puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección suficiente al menor..., *El interés del menor*, 2000, pág. 11. Otros, como CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., señalan que: «éste es un principio que en la actualidad, de forma semejante a la buena fe u otros, adquiere la categoría de principio general del Derecho en su función de principio informador del ordenamiento jurídico». «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *La Ley*, núm. 5189, noviembre de 2000, pág. 7.

Por tanto, si atendemos a esos principios puede afirmarse que existe un derecho del menor a vivir, desarrollarse y educarse en su propia familia natural y biológica, siempre que no vaya en contra de su interés. Y que en caso de que varios hermanos tengan que ser protegidos, que su guarda se confíe a la misma familia. Como señala BERCOVITZ: «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 en los supuestos excepcionales en que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo» (5).

Por tanto, la conjunción de estos principios debe buscarse en cada caso concreto. Lo que no siempre es fácil.

2. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Para acercarnos a esta problemática en la que se priva indebidamente a los padres naturales de la custodia de sus hijos, vamos a partir de un supuesto concreto (6) del que se ha hecho eco la prensa. Las circunstancias son las siguientes:

Con ocasión de una actuación policial en una vivienda de Sevilla, se constata el estado étlico en que se encontraba una mujer que tenía dos hijos menores de cuatro y cinco años. A partir de tal situación, la Fiscalía de Menores ordena el internamiento de los dos hermanos menores de edad, lo que tuvo lugar en septiembre de 1996, pasando posteriormente a ser dados en acogimiento familiar.

Ninguna otra circunstancia es reprochable a la madre ni determinante de la situación material susceptible de ser calificada como de desamparo.

Ya en el informe socio-educativo del Ayuntamiento, de fecha 3 de abril de 1997 (a los siete meses de la separación de los menores de su madre), se afirma que no se puede cuestionar su papel de madre, en todo momento atenta a las necesidades de sus hijos hasta el punto de pasar ella privaciones, en este sentido en el informe se observa que los menores vestían ropas nuevas, complementos coordinados y calzado adecuado y en buen estado de uso, y por el contrario la madre presentaba un aspecto descuidado, ropas muy usadas y calzado desgastado. El citado informe concluye expresando que el establecimiento del pronóstico de la evolución de la situación de la madre sería una pieza importante para establecer una alternativa de convivencia para sus hijos.

Además, la Asociación de Alcohólicos Rehabilitados (Anclaje), el 30 de enero de 1998, confirma que la madre sigue tratamiento rehabilitador y que desde abril de 1997 mantiene abstinencia absoluta de bebida alcohólica, habiendo sido la evolución en dicho período notable, superando obstáculos y atendiendo sus quehaceres diarios, atendiendo a las citas concertadas, realizando el tratamiento de forma correcta y habiendo pasado al grupo de terapia o segundo nivel debido a su buena evolución.

El médico forense informa, el 13 de abril de 1998, que en tal momento el estado de la madre está dentro de la normalidad, y confirma que desde abril

(5) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pág. 2195.

(6) Sobre el mismo supuesto puede verse el reciente comentario de TOSCANO GIL, F., «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial», en *Aranzadi*, 2006.

de 1997 no ha vuelto a consumir alcohol, y concluye: «que está en fase de rehabilitación con buen pronóstico». La asociación Anclaje vuelve a confirmar los aludidos pronósticos y la práctica curación en informe de 4 de junio de 1999, y la única particularidad que se le observa es cierta depresión reactiva debido a la separación de sus hijos. Por fin el 12 de noviembre del mismo año, la asociación certifica el alta definitiva (7) ante la insistencia de la recurrente, la asociación Anclaje vuelve a emitir nuevo informe en 1 de marzo de 2000.

La Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, el 12 de noviembre de 1996, declara a los menores en situación de desamparo y son ingresados en un centro de acogida. Pasados siete meses, el 2 de junio de 1997 (8) se dicta una Resolución por la Consejería que ratifica el desamparo y acuerda el acogimiento familiar preadoptivo provisional, con suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los niños con sus familiares, siendo designados los acogedores que desde ese momento se hacen cargo de los niños.

La madre biológica en período de rehabilitación se opone a la declaración de desamparo (cuya incoación se acuerda por providencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Sevilla, el 2 de junio de 1997), y la Consejería por su parte, promueve el acogimiento preadoptivo el 1 de octubre de 1997. Se acuerda la acumulación de procedimientos, terminando ambos con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, de 8 de septiembre de 1998, en la que se ratifica la situación legal de desamparo, se constituye el acogimiento preadoptivo y se desestima la oposición de desamparo y el régimen de visitas de la madre biológica con los hijos. Han pasado 16 meses y los niños han convivido con la familia de acogida en régimen preadoptivo. Tienen ya seis y siete años de edad.

La madre biológica recurre en apelación. Durante la tramitación de dicho recurso, los acogedores, al tener conocimiento del procedimiento, presentan en abril del año 2000, un escrito de personación en los autos acumulados de desamparo y acogimiento, con el fin de defender los intereses de los menores que consideran los suyos propios. Pretensión que es rechazada por la Audiencia de Sevilla el 5 de junio del 2000. Frente al citado Auto se interpone recurso de suplica que vuelve a ser inadmitido por Auto de 12 de julio de 2000. El recurso de apelación interpuesto por la madre biológica es estimado por la sentencia de 12 de junio de 2000 (9), que declara que no existía desamparo,

(7) Ante la insistencia de la recurrente, la asociación Anclaje vuelve a emitir nuevo informe en 1 de marzo.

(8) Obsérvese que la madre ya contaba con informes favorables en su lucha por su curación antes de decretarse el acogimiento preadoptivo, afirmándose que no consume alcohol.

(9) Por su interés recogemos un fragmento del Fundamento Jurídico único: en que se pone de manifiesto que «la enfermedad de la madre, felizmente superada gracias a la voluntad, sacrificio y perseverancia..., y ante 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... o 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 ... El resultado de la audiencia a los menores no puede ser más positivo, pues pese a la buena estancia en la actual familia, respecto de la que no ma-

y deja sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo constituido judicialmente y ordena la devolución inmediata de los menores con su madre. En ese momento habían pasado cuatro años desde que se decretara el acogimiento preadoptivo de los menores y siete meses más desde que se les separara de su familia de origen. Siendo privados tanto los menores como la madre de cualquier tipo de contacto.

La sentencia de la Audiencia no se ejecuta y la vuelta con la madre no se produce, ya que el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, a quien corresponde la ejecución de la misma, no la lleva a cabo permaneciendo los niños bajo acogimiento preadoptivo, por considerar que va en contra del interés de los menores.

La situación se complica porque los acogedores recurren ante Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al negárseles la comparecencia en el proceso de oposición a la declaración de desamparo. La sentencia de 20 de mayo de 2002 del Tribunal Constitucional, estimó el recurso. Anuló los Autos de 5 de junio y de 11 de julio de 2000, dictados por la Audiencia Provincial de Sevilla, así como todas las actuaciones posteriores incluida la sentencia de 12 de junio de 2000, retrayendo las actuaciones judiciales al momento anterior a dictarse dichos autos, manteniéndose respecto a los menores la situación en la que éstos se encontraban para evitarles el perjuicio derivado de los posibles cambios no definitivos, cuando los acogedores presentaron el escrito en defensa de su derecho.

Retrotraídas las actuaciones, la Audiencia Provincial de Sevilla dicta el 26 de diciembre de 2002, una nueva sentencia en la se declara que la situación legal de desamparo nunca ha existido. Se deniega el acogimiento preadoptivo. Se acuerda que los menores vuelvan a convivir bajo la guarda y custodia de la madre y se señala la imposibilidad de ejecutar lo declarado, por lo que ante la imposibilidad de ejecución del reintegro de los menores con su madre (10) se ordena al Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, la incoación de «incidente» para la determinación de indemnización sustitutoria que le corresponde a la madre biológica.

nifiestan 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 su madre biológica, por lo que no ha sido sino una enfermedad por ésta padecida... pues no puede caber 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 se procurará siempre la reinserción del menor en su propia familia».

(10) Como afirma acertadamente CORRAL GARCÍA, E., «Si bien estadísticamente estos casos, donde dar marcha atrás es imposible, son una minoría, basta que se produzca uno para que haya que buscar respuestas adecuadas por parte de los poderes públicos, ya que es mucho lo que está en juego: el "derecho a ser feliz" de un menor» en «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 11/2003.

La sentencia de 28 de marzo de 2005, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, fija la indemnización de 72.670 euros que tiene que abonar la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienes Social, Delegación Provincial de Sevilla, absolviendo al Estado de todo pronunciamiento condenatorio. Manteniéndose el hijo menor bajo la guarda y custodia del matrimonio constituido por los acogedores y señalando que no cabe fijar ningún régimen de relación y contacto entre el menor con su madre y hermana biológica. La resolución judicial del Juez *a quo*, en la que se determina el importe de la indemnización sustitutoria de la ejecución es recurrida en apelación.

La sentencia de 30 de diciembre de 2005, la Audiencia Provincial de Sevilla resuelve el recurso de apelación y considera que la cuantía de la indemnización debe ascender a un millón cuatrocientos mil euros, que devengará el interés legal, señalando de forma contundente que la resolución del Juez *a quo* tenía que haber tenido la forma de Auto y no de sentencia.

Durante este complicado entramado judicial, la hija vuelve a convivir por su propia voluntad con la madre.

Nosotros consideramos, aunque la materia es sumamente compleja, que debe compartirse la opinión de la Audiencia de que en este caso eran posibles otras actuaciones (11) por parte de la Administración (12), y del órgano judicial *a quo*, que hubiese sido más adecuado otras medidas de intervención de menor intensidad, por ejemplo, considerando que se trataba de una situación de riesgo.

3. DIFERENCIAS ENTRE RIESGO Y DESAMPARO

Como es bien sabido, se considera situación de riesgo la situación que se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor, que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En estos casos, la intervención de la Administración debe limitarse a eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo. La situación de desamparo (13), por el contrario, se caracteriza porque la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la entidad pública la tutela o guarda del menor (14).

(11) La sentencia de 12 de junio de 2000, afirma en su Fundamento único: «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 aquélla constituía simplemente un factor o situación de riesgo... 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».

(12) El punto de partida constitucional se encuentra en el artículo 39.

(13) Sobre esta distinción puede verse, entre otras, la sentencia de 3 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Ponente: Ilmo. Sr. D. GARCÍA MARTÍNEZ.

(14) Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Por tanto, ante la sospecha de que un menor pueda encontrarse desprotegido por no tener un entorno familiar adecuado para desarrollarse, de oficio o a instancia de parte, las entidades públicas están obligadas a verificar la situación, evaluarla y adoptar las medidas que sean necesarias para resolverla, distinguiendo, precisamente, entre si se trata de una situación de riesgo o desamparo (15).

Si la Administración considera que el menor se encuentra en una situación de «riesgo» (16), su actuación se orientará a disminuir los factores de riesgo (17) y dificultad, garantizando, en todo caso, los derechos que le asisten. Elaborará un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales. Y entre las medidas, preventivas o reparadoras estará, por ejemplo, dar a la familia apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial, tanto para el niño como para quienes cuidan de él, etc. Para conseguir estos objetivos la Administración debe realizar un seguimiento del menor y necesita contar con el apoyo y colaboración de la familia (18). Con estas actuaciones la Administración pretende minimizar o eliminar el riesgo (19).

Por tanto, cuando sea posible y no sea perjudicial para el menor, los esfuerzos de las administraciones deben encaminarse a ayudar a los padres a cumplir su papel. Y ello porque en principio el medio más adecuado para que el menor se desarrolle es el constituido por su propia familia.

Otras veces, la Administración, por encontrarse el menor *privado de la necesaria asistencia moral o material*, no tiene más remedio que decretar la situación de desamparo, para que el menor tenga un desarrollo integral. Nuestro Código no hace una enumeración de las causas que considera de desamparo, a diferencia de muchas leyes autonómicas, lo que nos parece adecuado.

4. SITUACIÓN DE DESAMPARO

Se produce por encontrarse el menor privado de la necesaria asistencia moral o material como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores (art. 172 del Código Civil).

Conviene hacer la siguiente precisión en torno a la situación jurídica de desamparo:

(15) Artículo 16 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

(16) A título de ejemplo, considera que hay situación de riesgo y no de desamparo, entre otras, la sentencia de 15 de julio de 2004 (RAJ 2004/990) de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Ponente: Ilmo. Sr. D. PASTOR OLIVER.

(17) Artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

(18) La Administración tiene, entre otras, la tarea de la promoción y defensa de los derechos de los menores (arts. 10, 11, 15, 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

(19) Algunas sentencias consideran necesario establecer una etapa de prueba antes de decretarse la situación de desamparo. Así la sentencia de 19 de noviembre de 2003 (RAJ 2004/5232) de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ilmo. Sr. D. ANGLADA FORS. Afirma que, en el caso de autos, las circunstancias aconsejan un *proving* o etapa de prueba, de control directo y muy concreto para conseguir la más armoniosa convivencia entre la madre y los hijos. Sin perjuicio de que no superada esa etapa, se pudieran estudiar otras alternativas.

En primer lugar, es evidente la amplitud del concepto de desamparo, que puede encerrar situaciones muy variadas, tales como que el menor no tenga un entorno familiar adecuado por malos tratos físicos, psíquicos, explotación, abusos sexuales, delincuencia, prostitución, alcoholismo, mendicidad, toxicomanía, abandono, desatención grave, trato negligente, ausencia de escolarización habitual, falta o incapacitación de las personas que ejerzan la guarda, etc.

En segundo lugar, hay que destacar que la situación de desamparo se puede producir encubierta bajo una institución de protección como la patria potestad, tutela o guarda. Lo que significa que los padres o tutores están omitiendo o ejerciendo inadecuadamente los deberes de asistencia y protección sobre los menores. Esta desatención puede desembocar en la situación de desamparo de una forma voluntaria o involuntaria.

Vistas las diferencias entre riesgo y desamparo, y siguiendo con el caso que analizamos, creemos que aunque hubiese habido desamparo de los menores (situación que según la Audiencia de Sevilla no existe) nunca se debería haber optado por un acogimiento preadoptivo, sino que debería haberse acordado un acogimiento simple, dando a la madre oportunidad de visitar a los hijos para que los vínculos no se rompieran.

5. TUTELA POR MINISTERIO DE LEY Y ACOGIMIENTO

Una vez que se ha constatado que el menor está desamparado, la Administración está obligada a asumir de forma automática la tutela del menor, adoptando las medidas de protección necesarias para su guarda. En estos casos, la tutela del menor por parte de la Administración (20) se produce extrajudicialmente, quedando obligada la Administración a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificarlo en forma legal a los padres, tutores o guardadores en el plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, además, en el momento de la notificación, se les informará de forma presencial, y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Puede ocurrir que los interesados o el Ministerio Fiscal no estén de acuerdo con la resolución administrativa que ha acordado el desamparo. En este caso se puede acudir a la vía judicial ordinaria para oponerse (21). La oposición puede realizarse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. En caso de desacuerdo decidirá el Juez si existe o no desamparo. No obstante, para evitar perjuicios al menor, si la decisión judicial se retrasa, la entidad pública podrá acordar, en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial.

(20) Si así ocurriese, 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. Se pretende con ello que el menor quede inmediatamente atendido, si bien esta Resolución de la Administración se puede impugnar judicialmente.

(21) Un estudio de las distintas causas de oposición al acogimiento, a través de distintas sentencias de las Audiencias, puede verse en DIEZ GARCÍA, «Desamparo de menores...», *op. cit.*, pág. 20.

Es necesario señalar que el instrumento del que se sirve la Administración para canalizar la tutela de los menores se realiza mediante la figura del acogimiento.

En el caso que analizamos, la madre se opone al desamparo, por lo que la cuestión debe ser decidida a partir de ese momento por vía judicial. El Juez *a quo* considera que existe desamparo y además que los niños deben pasar a acogimiento preadoptivo sin relaciones con la madre biológica. Lo que en nuestra opinión es perjudicial, tanto para los niños, la madre biológica y los acogedores. La solución no nos parece coherente cuando existían muchas posibilidades de que la madre se recupere y deseo por ambas partes de estar juntas. Debería haberse decretado un acogimiento simple (22), en el que los acogedores no albergan la idea de adoptar.

6. TIPOS DE ACOGIMIENTO

Debemos distinguir dos modalidades de acogimiento: el familiar y el residencial, según que se integre al menor en una familia o en un establecimiento adecuado a tal fin. Ambas comportan, por tanto, la separación del menor de su familia originaria.

ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

Cuando se ejerza por el Director del centro o institución dónde sea acogido el menor. Es, sin lugar a dudas, el acogimiento de consecuencias más drásticas. Por ello, es la última medida que debe ser ejercida, pues se considera que la integración familiar del menor será preferente a la integración en una institución. En todo caso, se procurará que el menor permanezca internado el menor tiempo posible.

ACOGIMIENTO FAMILIAR

El acogimiento familiar consiste en integrar al menor en situación de desprotección social, en un núcleo familiar que sustituya al suyo de origen, ejerciéndose la guarda por la persona, o personas, que lo integren. Es una medida menos traumática que la anterior, por considerarse que la familia es el medio idóneo para el desarrollo integral del menor. Hay que resaltar que el

(22) Afirma CORRAL GARCÍA: «lo anterior quedaría en fuegos de artificio si no se adoptaran las medidas necesarias para establecer la tramitación preferente y urgente de los procesos relativos a protección de los menores, de tal modo que su duración —desde la oposición a la resolución hasta la decisión definitiva en segunda instancia— nunca superara el año, de tal manera que la revocación de la declaración de desamparo y del acogimiento, probablemente establecido, no supongan un trauma para el menor, ya que mediante las visitas que en ese año hayan podido llevar a cabo los padres no se habrán roto los lazos existentes ni se habrán fortalecido unos nuevos con la familia acogedora, si no pertenecía al entorno familiar», en «El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 11/2003.

acogimiento familiar se puede realizar en la familia extensa del menor (23), o en una familia ajena al mismo.

El procedimiento de selección de los acogedores se lleva a cabo por la Administración, atendiendo a criterios tales como las características personales, circunstancias socioeconómicas, entorno que pueda dar soporte al acogimiento, etc.

Dependiendo de que la propia familia del menor pueda mejorar, y que su retorno no implique riesgos para éste, o que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o con carácter preadoptivo, hay que distinguir las siguientes subespecies de acogimiento familiar (24), atendiendo a su finalidad:

- a) Acogimiento familiar simple (25): que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia (26), bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.
- b) Acogimiento familiar permanente: cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor.
- c) Acogimiento familiar preadoptivo: se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

El acogimiento preadoptivo tiene por finalidad la adopción, lo que supone, por regla general, la ruptura con la familia de origen, y si cristaliza será la adopción y no el acogimiento el que creara vínculos de parentesco (relación de filiación), con la familia que pasa a ser adoptiva.

En definitiva, el acogimiento es una situación nacida con vocación de temporalidad, en espera de una situación de permanencia que le ponga fin (reinserción futura del menor en su propia familia, acogimiento permanente o adopción).

(23) Debe considerarse preferente el acogimiento en la familia extensa del menor.

(24) Muy interesante resulta el estudio jurisprudencial realizado por DIEZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 167 y sigs.

(25) EGEA FERNÁNDEZ, J., «El acogimiento simple», en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, 1999, pág. 87 y sigs.

(26) Como destaca DIEZ GARCÍA: «El destino normal de este acogimiento será la tan esperada o ansiada reagrupación familiar, una vez superadas las circunstancias que obstaculizaban el adecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos. Ahora bien, conviene dejar por un momento una visión acaso demasiado optimista, pues la realidad demuestra que, en ocasiones, por variadas circunstancias, aquélla no se produce», *op. cit.*, pág. 193 y sigs.

La lentitud y los desatinos y anormal funcionamiento administrativo y judicial, llevan a que la vuelta de los hijos con la madre no sea posible. El tiempo transcurrido desvincula sin lugar a dudas a una madre de unos hijos que en el momento de producirse la separación de la madre contaban con cuatro y cinco años. Y, lógicamente, el tiempo estrechando los vínculos con los acogedores en régimen preadoptivo. Diez años en la vida de los menores no podía sino desvincularles de su familia de origen. ¿Puede un juez de primera instancia incumplir impunemente lo que dice la Audiencia? ¿No existe responsabilidad por no ejecutar una sentencia? ¿Es que en este caso no sufre la madre biológica, los hijos y los acogedores ante esta situación de incertidumbre? ¿Quién responde por los daños morales que se les ha producido?

7. DAÑOS INDEMNIZABLES

En el caso que analizamos, la madre solicita la indemnización sustitutoria, o indemnización por equivalente, para ejecutar una sentencia anterior, dada la patente imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación principal que condena a la Administración a cesar en la tutela que había asumido respecto de unos menores, y la recuperación y vuelta de los niños con la madre biológica.

La Audiencia considera que debe modificarse el *quantum indemnizatorio*. Es necesario destacar que el Juzgado estimó la pretensión ejecutiva y fijó la indemnización en 72.670 euros, pero la Audiencia revoca esa sentencia respecto del *quantum indemnizatorio*, que acaba estableciendo en 1.400.000 euros. Se rechaza la utilización que hace el Juez *a quo* del baremo de la Ley 30/1995, para la indemnización de las lesiones y fallecimiento en accidente de tráfico, por no guardar la más mínima relación con el caso de autos.

Se toman en consideración como conceptos indemnizatorios:

A) El padecimiento por la madre demandante de dos graves enfermedades derivadas del sufrimiento consecuente con la privación de sus hijos durante diez años. Uno de naturaleza psíquica caracterizado por un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física, hallándose en tratamiento oncológico por afectación de un pulmón.

B) La pérdida de los hijos.

En el que se tiene en cuenta:

Por una parte, el tiempo que ha estado apartada la madre 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.

Finalmente, la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae la última resolución en la que se acuerda la inejecutividad.

FIJACIÓN DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL

Resulta llamativo que para cuantificar tal perjuicio, se utiliza el referente de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad. Criterio que utiliza una fórmula que es progresivamente creciente, es decir, que estima que el sufrimiento va en aumento, no de forma igualitaria, según transcurre el tiempo, de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje por ser progresivo.

UTILIZANDO LOS SIGUIENTES FACTORES DE CORRECCIÓN

Número de hijos: al tener dos hijos, considera que las cifras resultantes de aplicar este criterio han de multiplicarse por dos.

Tiempo transcurrido: Debe tenerse en cuenta que los hechos datan de 1996, y que por tanto las cuantías han de ser actualizadas, y que la privación ha durado casi diez años, y que, finalmente, el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo, y si los hijos lo son en edades como la de autos, desde cuatro y cinco años el perjuicio moral por sufrimiento es mayor.

La pérdida de esperanza: al considerar que constituye un elemento específico de sufrimiento la expectativa de recuperación que le conferían las resoluciones judiciales favorables a sus pretensiones y que, finalmente, se ven truncadas de manera definitiva por la declaración de inejecutividad, concepto que entiende la Sala que resulta razonable indemnizar incrementando la suma anterior en un treinta por ciento.

El sufrimiento: asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa, la pérdida definitiva de los hijos, en tanto que es aquí donde hemos de hacer cierto trato diferenciador en atención a la singularidad de la situación producida con respecto a la hija menor, porque para ésta no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física, dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre, lo que impide que dicho supuesto se considere idéntico al de su hermano que continúa bajo acogimiento, teniendo en cuenta que respecto a la menor la relación con la madre nunca podrá ser idéntica después de haber perdido toda la niñez e infancia, y segundo porque el estado de salud con que ha retornado hace presagiar todo un calvario en el desarrollo y tratamiento de la personalidad de dicha menor, lo que justifica su consideración a la hora de integrar los anteriores conceptos indemnizatorios.

En cuanto a la enfermedad de la madre, su situación puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y se establece cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables. Sumados los conceptos referidos en las cuantías señaladas, la indemnización alcanzada devengará el interés legal.

RESUMEN

DAÑO INDEMNIZABLE

Este comentario tiene como objetivo detenerse en un nuevo daño indemnizable. El tema que pretendemos abordar tiene como eje la compensación del daño que se le produce a una madre que, teniendo derecho a que sus hijos vuelvan con ella, ve frustrado su derecho al no producirse el retorno, por haber transcurrido largo tiempo desde que los menores se separaron de su familia de origen. Se trata de un tema de gran interés.

ABSTRACT

INDEMNIFIABLE DAMAGE

This objective of this commentary is to examine at length a new kind of indemnifiable damage. The core of our subject is compensation for the damage done to a mother when she has the right to have her children return to her and this right is frustrated because the children do not return, as it has been a long time since the children were separated from their family of origin. The issue is one of great interest.