

**Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª).****Auto núm. 4/2005 de 19 enero****JUR\2005\140308**

ADOPCION Y ACOGIMIENTO DE MENORES: acogimiento de menores: posición de los padres del acogido: oposición e la madre: estimación: inexistencia de abandono o desamparo, sino únicamente carencias de orden material y económico.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 2012/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. marcos antonio blanco leira

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla declara haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente al Auto de fecha 15-07-2003, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla.

En Sevilla a diecinueve de enero de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho del auto apelado que con fecha 15/7/03, dictó el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 17 DE Sevilla, en los autos núm. 86/01, promovidos por D^o Ana María, representado/a/s por el Procurador D. María Dolores Martínez Azcoytia, contra Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, bajo representación jurídica del Letrado del Estado, siendo parte El Ministerio Fiscal sobre oposición al desamparo, cuya parte dispositiva literalmente dice: «Procede desestimar la oposición a la declaración de desamparo formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a María Dolores Martínez Azcoytia, en nombre y representación de D^a Ana María, contra la resolución de la Entidad Publica de fecha 3 de abril de 2000, confirmándola. Manteniendo el régimen de visitas y comunicación vigente en la actualidad entre la opositora y su hija Eva, sin que proceda su fijación, ni establecimiento para con su otra hija Elena. Asimismo la Entidad Pública deberá presentar en el plazo máximo de 30 días desde el dictado de la presente resolución la oportuna propuesta para el restablecimiento de las relaciones entre las hermanas Elena y Eva».

PRIMERO

Apelado dicho auto por el actor, previa admisión del recurso se elevaron las actuaciones a esta Superioridad, donde, recibidos y personados las partes, se dio a la apelación el trámite que la Ley previene para las de su clase.

SEGUNDO

Por resolución de fecha 22 de diciembre de dos mil cuatro, se señaló VISTA de este recurso para el día 11 de enero de 2005 a las 11:00 horas, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO

Que en la sustanciación de esta alzada, se han observado las prescripciones legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Marcos Antonio Blanco Leira.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO**

Las presentes actuaciones, no se olvide, traen causa de una demanda de oposición a una resolución

administrativa que declara la existencia de una situación legal de desamparo en la que se encontrarían dos niñas menores de edad, ambas nacidas en el año 1995. Es esta resolución la que se combate judicialmente, y, como toda resolución, presenta aspectos jurídicos, que conforman su fundamentación, y fácticos, que constituyen los hechos en que se ha basado. En la impugnación judicial pues se ha de constatar si tales hechos invocados, y no otros, son realmente ciertos, es decir, si están acreditados, pues si no lo están su certeza procesal habría de ser negada, y posteriormente examinar si la norma jurídica aplicada es la correcta, y si, finalmente, de esa aplicación pueden obtenerse las consecuencias y decisiones que son objeto de impugnación. Si esto es así, y no puede decirse que sea de forma diferente, tampoco puede olvidarse que, dadas las especialidades de la materia, y ya se verá después si también del caso, en la que se abordan decisiones sobre unos menores, y sobre todo teniendo en cuenta el indebido largo tiempo transcurrido desde la incoación del proceso judicial, enero de 2001, es decir, desde anda menos que cuatro años, dilaciones en gran medida provocadas por los escandalosos retrasos de la Administración en el envío de ciertas documentaciones cuando le fueron solicitadas, y además injustificadas, se hará preciso también examinar la concurrencia de las circunstancias actuales, que pueden ser muy diferentes de las que constaban cuando se tomó y ejecutó el acuerdo recurrido, en orden a la solución que se haya de dar al caso, porque, partiendo de una apreciación indiscutible, que consiste en afirmar que el interés del menor, objetivo primordial a perseguir, pasa por su vinculación con sus padres biológicos, al menos en el marco de la estructura familiar que rige en las sociedades de nuestro entorno cultural, y desde luego en nuestro ordenamiento jurídico, naturalmente cuando esa vinculación es posible y beneficiosa para el menor: no son pocos los casos en los que llegados los menores a la adolescencia o incluso a la mayoría de edad, se afanan por conocer a sus padres biológicos cuando por cualquier causa, incluso justificada, fueron separados de ellos. Y es que no puede hacerse recaer en el menor las consecuencias de episodios, a veces meramente pasajeros, en la vida de sus padres, o circunstancias no favorecedoras para su desarrollo motivadas por carencia de recursos económicos de la familia biológica, también coyunturales, pues ello conduciría a soluciones absurdas como la negación de la propia existencia de familias que se encuentren en el umbral de la pobreza o a familias indigentes que lo son solo por falta de recursos económicos. En tales casos, si ya resultaría dudosa una actuación institucional que en lugar de proporcionarle medios procediesen a la retirada de los hijos para su entrega a familias más pudientes, más todavía que, superadas esas situaciones de indigencia, no pudiesen ser retornados. Es cierto que los menores no pueden ser una mercancía que se lleve de un almacén a otro que reúna mejores condiciones hasta que el anterior se mejore, pero por lo mismo no pueden llevarse a cabo actuaciones que en el caso presente el perito informante en la vista del recurso no ha dudado en calificar de manera reiterativa como de crueldad, no solo respecto de la madre sino también respecto de las menores. Por consiguiente, además de analizar la situación de hace cuatro años, habrá de hacerse respecto de la actual para el supuesto de que se acuerde la vuelta de las menores con su madre, único supuesto que se contempla pues ningún examen se pide respecto del padre, del cual parecen haber partido todos los males y del que ya la madre se encuentra separada judicialmente y su matrimonio anulado canónicamente.

SEGUNDO

Leyendo los antecedentes fácticos de la resolución recurrida, observamos que los hechos en que se ha fundado para tomar la decisión respecto de la declaración legal de desamparo ha sido que el entorno familiar está perjudicando gravemente el desarrollo de su personalidad, sin que las menores tengan satisfechas convenientemente sus necesidades básicas de alimentos, vestidos, educación, debido a la incapacidad que tienen sus progenitores para atenderlas adecuadamente por las limitaciones intelectuales que ambos progenitores presentan; que, igualmente la madre, de la que ya se reconoce que se encuentra separada judicialmente del marido, convive en el mismo domicilio que los padres, abuelos de los que también se predica por los mismos motivos su incapacidad para prestar apoyo familiar a sus nietos. Junto a ello se alude al retraso madurativo con conductas inadaptadas de la menor, y a los «claros» síntomas de malnutrición, no se dice desnutrición, y leve deshidratación, con lo que se está imputando a la madre una conducta de irresponsabilidad o de negligencia en el ejercicio de sus obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad; sin embargo ya ha de recalcarse que no es lo mismo desnutrición que mal nutrición, y que este último calificativo se le aplica en la actualidad a los niños y adolescentes cuando nos referimos a la comida basura o a la necesidad de volver a la dieta mediterránea, lo que está provocando problemas de obesidad infantil, porque una mala nutrición no significa necesariamente niño delgado, y respecto de la deshidratación, sin perjuicio de que se califica de leve, por su propia trascendencia ha de referirse a alguna ocasión, pues no puede ser permanente ya que habría acabado con la propia vida del menor. Se hace una acusación por incapacidad de la madre para prestar a sus hijas las necesidades básicas de alimento, vestido y educación, y, sin perjuicio de examinar si efectivamente consta esa falta de atención en grado grave no compatible con las posibilidades económicas, ya podemos adelantar que, según la prueba pericial practicada en la vista oral, que se asentó en un previo primer reconociendo de la madre y de las menores, evacuado por médico

psiquiatra infantil, profesor titular de la Universidad, éste no aprecia en la madre la incapacidad predicada, sino lo contrario, y así debe ser cuando esa imputada limitación intelectual no le ha impedido conocer y entender la posibilidad de solicitar asistencia jurídica gratuita para el presente pleito, demandar de separación a su esposo, y, lo que sorprende más, para acudir a los tribunales eclesiásticos en demanda de nulidad matrimonial.

En el expediente, folio 176, aparece un reconocimiento médico hecho a una de las menores el 15 de marzo del año 2000 en el que se aprecian signos de malnutrición, se llama a la madre, que acude enseguida y manifiesta que la menor viene padeciendo un proceso infeccioso y que tiene prescrito un medicamento, ante lo cual se le dan una serie de recomendaciones; aparece al folio siguiente un documento de dudosa validez pues lleva fecha de 16 de marzo de 2000 y se refiere a una exploración de 6-10-1997; al folio 178 se contiene un informe de dicha menor de fecha 20-03-00, relativo a aspectos de su conducta y comportamiento, no participativo, triste o apagado, con poco apetito, manifestando la informante tutora que lo imputa a falta de estímulos y pautas de referencia familiar, aunque añade que la madre manifiesta buena voluntad para atender a la niña, pero apostillando que la encuentra incapaz, y como ejemplo pone que no le prepara bocadillo sino que se lo compra, o que para una fiesta de disfraces le compró un traje de talla grande, o que no consigue que la niña le obedezca cuando la va a recoger al colegio; en la misma fecha, folio 180, aparece otro informe de otra tutora respecto de la hermana menor, donde se insiste en la buena voluntad de la madre, lo que además es ratificado por el claustro de profesores, folio 181, en el mismo escrito en el que muestra su preocupación por la «situación anómala» de las niñas, y piden una intervención «dotando de las condiciones necesarias a esta familia». Frente a estos hechos, la reacción de la Administración demandada fue al mes siguiente la declaración de la situación legal de desamparo y proceder a la brusca retirada de las menores a través de la policía de menores, en presencia de la madre, sin intervención ni asistencia psicológica alguna y sin que se haya evaluado en momento alguno los daños psíquicos que ello pudiera haber reportado y que el perito ahora informante ha destacado. Pues bien, ni tal era la decisión más acertada, sino, como pedía el claustro de profesores, una actuación de ayuda y apoyo en la familia, ni tampoco la situación de las menores parecía de una gravedad que obligara a las medidas más radicales de cuantas podían adoptarse, ni el comportamiento de la madre era reprochable, ni subjetivamente, manifestaba buena voluntad, señalaban los informes, ni objetivamente referida a la supuesta incapacidad que para reflejarla a la tutora no se le ocurre poner otro ejemplo tan liviano como haber errado en la talla de un disfraz, la compra, en lugar de su elaboración, del bocadillo, o la imposibilidad de hacerse obedecer, es decir, circunstancias muy frecuentes en el común de las madres y padres, y por tanto dentro de la normalidad; sin perjuicio de todo ello, se presentan las referidas como circunstancias puntuales, varias pero todas concentradas alrededor de unas mismas fechas, sin que se denote, porque no se acredita una continuidad temporal, pese a que la resolución recurrida comience diciendo que desde el 17-10-1997 la Delegación Provincial tenía conocimiento de la situación de riesgo en que se encontraban las menores; existe sí un largo informe emitido en noviembre de 1999 por la psicóloga del Equipo de Convivencia y Reinserción, en el que se hace un resumen de actuaciones desde julio de 1998, y en el mismo se refieren las diversas entrevistas y soporte en asesoramiento facilitado a la madre recurrente, con muy buena predisposición y colaboración, salvo el rechazo de su padre y abuela a permitir en la casa la presencia recomendada de una trabajadora familiar, hecho desde luego no imputable a la madre; casi siempre entrevistas a solicitud de la madre apelante y en cuyo resumen solo se presentan como aspectos negativos una información no contrastada de que las menores habían sido vistas en un carro de recogida de chatarra guiado por un amigo de la familia, o la equivocación, un solo día, de la abuela en la recogida de la menor del colegio.

En el informe de fecha 23-07-1998, folio 221 y siguientes, se pone de manifiesto que el seguimiento iniciado prácticamente al año del nacimiento no deriva de ninguna circunstancia referida ni a las menores ni a su madre, sino por los antecedentes del resto de la familia, sobre todo los hermanos de la apelante; tanto es así que en los primeros informes se expresa una situación de normalidad sin situación ni indicadores de riesgo alguno y una buena vinculación afectiva de las menores con su familia, que en otro momento se califica como «gran vinculación afectiva entre madre e hijas»; la colaboración de la madre es buena, que acude a las citas con alguna excepción, seguramente derivada de la situación entonces de separación en trámite que atravesaba, y la preocupación y raíz de los informes en tal sentido que empieza a emitir la trabajadora social, sin preparación ni conocimiento técnico alguno al respecto, arranca de lo que ahora, gracias al informe del perito en la vista de apelación, conocemos que padecía la más pequeña de las menores que viene padeciendo el síndrome de Cornelio de Lange, con manifestaciones externas, folio 225, que despertaron una alarma injustificada, porque se trataba de una enfermedad que goza de autonomía en esas manifestaciones, como las autolesiones, no vinculadas al entorno socio familiar, ni al grado de atención recibida, de ahí que se ajuste a la verdad la respuesta dada por la abuela de que las lesiones se las hacía la menor «ella sola».

En definitiva se puede concluir que subjetivamente la situación de las menores en relación con el comportamiento de la madre en modo alguno puede calificarse como de abandono o desamparo, sino

más bien al contrario como queda expuesto y visto. Y objetivamente las circunstancias de la menores, aún reconociendo las carencias familiares, éstas eran sobre todo de orden material y económico derivado de la imposibilidad de la madre apelante de conseguir una vivienda propia e independiente con lo que se alejarían del ambiente familiar que era realmente lo que preocupaba a los distintos equipos de trabajadores sociales, psicólogos y educadores que han ido interviniendo. Una ayuda en tal orden, más allá de la guardería infantil o el asesoramiento legal y pedagógico, que hubiera permitido a la madre alcanzar lo que actualmente posee, una vivienda propia, y un trabajo, que si no es el que aquélla reiteradamente manifestaba desear en las distintas entrevistas, para el que carecía de titulación, auxiliar de clínica, sí que le permitirá llevar una vida familiar propia e independiente, por lo que actualmente los peligros e indicadores de riesgo que apreciaban los informes, no existe.

TERCERO

Vista pues la valoración negativa que procede hacer de la opción tomada por la Administración y reflejada en la resolución combatida, y que por tanto ha de ser dejada sin efecto y eficacia por no contar con la concurrencia de los requisitos del art. 172.1, párrafo segundo del [código civil \(LEG 1889, 27\)](#) , resta por analizar las consecuencias que de ello han de derivarse, es decir, el modo y posibilidad de su ejecución.

A este respecto, y en cuanto a la menor de las hijas, ninguna dificultad se ofrece pues, por una decisión de la Administración que el perito informante calificó de cruel, procedió a separar a ambas hermanas ante la dificultad de encontrar a una familia que acogiera a las dos, posiblemente debido a la enfermedad mental de la más pequeña, medida la referida desde luego contra legem, art. 172.4 del código civil, procederá pues la inmediata restitución de tal menor con su madre, no precisando más que de una previa preparación y asistencia psicológica sobre dicha menor y pedagógica sobre la madre, a prestar por los servicios institucionales de la propia Administración, Junta de Andalucía, con la prontitud necesaria para que en todo caso el retorno de la menor con su madre se produzca en el plazo de un mes desde la recepción de los autos por el juzgado remitente encargado de la ejecución.

Respecto de la otra hermana que se encuentra bajo la guarda de una familia de acogida, dada la provisionalidad que tal acogimiento habrá comportado, y del que, con toda seguridad, habrá informado la Administración a dichos padres acogedores, se procederá a la ejecución progresiva de este mandato de devolución y recuperación de la guarda y custodia, para lo cual el juzgado ejecutante elaborará un programa que contemple un notable incremento del régimen y periodicidad actual de visitas de la madre con la menor, que al principio deberán tener lugar en un punto de encuentro familiar, para, posteriormente, a la vez que se aumente la frecuencia, tener lugar en el propio domicilio de la madre en unión de la hermana; y todo ello supervisando el comportamiento y actitudes que en tal proceso de ejecución muestren los padres acogedores en orden a la colaboración que presten, que de ser de valoración negativa se procedería a la inmediata retirada de la menor y su consiguiente inmediata incorporación al domicilio de la madre biológica. Todas estas medidas irán encaminadas al fin último de la recuperación por la apelante de la guarda y custodia que ostentaba en el año 2000 cuando se le apartó de sus hijas.

CUARTO

Vista la especial naturaleza del caso enjuiciado, y las circunstancias concurrentes expresadas, y sobre todo el signo del fallo recaído, no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en ninguna de ambas instancias procesales.

LA SECCION SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL ACUERDA:

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ana María frente al auto de fecha 15-07-03, del juzgado de primera instancia núm. 17 de Sevilla, recaído en autos núm. 86/01, el que revocamos y dejamos sin efecto, y, en su lugar, y previa estimación de la demanda de desamparo, declaramos que la menores hijas de la demandante no se encuentran en situación legal de desamparo declarada por la Junta de Andalucía, Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Asuntos Sociales, en resolución de fecha 03-04-2000, la que dejamos sin efecto alguno; y en consecuencia acordamos la plena recuperación por la apelante de la guarda y custodia sobre sus dos hijas menores, Elena y Eva, en los términos que se describen en el tercer fundamento de derecho de la presente resolución respecto de la ejecución de la misma; no hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas generadas en ninguna de ambas instancias procesales.

Y, a su tiempo, devuélvase los autos originales al Juzgado del que proceden, con certificación literal de esta resolución, para su cumplimiento.

Así lo acordaron y firman los Ilmos Sres. anotados al margen de que certifico.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.

Análisis del documento

Normativa considerada

 (Disposición Vigente) **Real Decreto de 24 de julio 1889.** [LEG 1889\27](#)

- **art. 172. 4: aplica norma [F. 3].**
- **art. 172. 1: aplica norma [F. 3].**

Voces

ADOPCION Y ACOGIMIENTO DE MENORES

GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES

Acogimiento de menores

Posición de los padres del acogido

Óposición e la madre: debe estimarse: inexistencia de abandono o desamparo, sino únicamente carencias de orden material y económico:

[F.1]