



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA



MÁSTER UNIVERSITARIO EN GESTIÓN ADMINISTRATIVA

EL DERECHO DE LOS MENORES A PERMANECER EN SU FAMILIA DE
ORIGEN COMO PRINCIPIO ORIENTADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESTATAL Y DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

EL DRET DELS MENORS A ROMANDRE EN LA SEUA FAMÍLIA D'ORIGEN COM A PRINCIPI ORIENTADOR DE
L'ORDENAMENT JURÍDIC ESTATAL I D'ACTUACIÓ DELS PODERS PÚBLICS

THE RIGHT OF MINORS TO REMAIN IN THEIR FAMILY OF ORIGIN AS A GUIDING PRINCIPLE OF THE STATE LEGAL
SYSTEM AND OF ACTION BY PUBLIC AUTHORITIES

ANDREA CUBELLS TORRES

CURSO 2018 – 2019

DIRIGIDO POR:

DR. D. PABLO AMAT LLOMBART

DR. D. FCO. JAVIER COMPANYY CARRETERO

RESUMEN / RESUM / SUMMARY

El trabajo se propone, en primer lugar, determinar el alcance y contenido del concepto del principio jurídico analizado: la preferente permanencia de los menores en el seno de su familia natural o de origen. A partir de ahí, se procederá a estudiar el régimen jurídico de las situaciones donde resulte de aplicación dicho principio. Así, en el ámbito de la protección de menores pertenecientes a familias desestructuradas, en materia de declaración de desamparo de menores, en la medida del acogimiento, entre otras.

El treball es proposa, en primer lloc, determinar l'abast i contingut del concepte del principi jurídic analitzat: la preferent permanència dels menors en la seua família natural o d'origen. A partir d'aquí, es procedirà a estudiar el règim jurídic de les situacions on sigui aplicable aquest principi. Així, en l'àmbit de la protecció de menors pertanyents a famílies desestructurades, en matèria de declaració de desemparament de menors, en la mesura de l'acolliment, entre d'altres.

The work aims, first, to determine the scope and content of the concept of the legal principle analysed: the preferred permanence of minors within their natural family. From there, we will proceed to study the legal regime of situations where such principle is applicable. Thus, in the field of the protection of minors belonging to broken families, regarding the declaration of the abandonment of minors, to the extent of fostering, among others.

PALABRAS CLAVE / PARAULES CLAU / KEYWORDS

Menores; familia de origen; desamparo; acogimiento.

Menors; família d'origen; desemparament; acolliment.

Minors; family of origin; abandonment; fostering.

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Administración Pública
CCAA	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil de 1889
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil LOPJM Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
NNUU	Naciones Unidas
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
ONU	Organización de Naciones Unidas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFM	Trabajo Final de Máster
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
II PENIA	II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
1.1. PRESENTACIÓN DEL TFM Y OBJETO DE ESTUDIO	3
1.2. OBJETIVOS	4
1.3. APLICACIÓN DE COMPETENCIAS VINCULADAS A LA TITULACIÓN	5
1.4. METODOLOGÍA	6
2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.....	7
2.1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES.....	7
2.2. DERECHO COMPARADO	9
2.3. MARCO NORMATIVO NACIONAL HISTÓRICO	10
2.4. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA ACTUAL	12
3. LOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL MENOR	15
4. EL MANTENIMIENTO DEL MENOR EN SU FAMILIA DE ORIGEN COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO	19
4.1. APROXIMACIÓN A SU REGULACIÓN INTERNACIONAL, EUROPEA Y ESTATAL	19
4.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO	22
4.3. CONTENIDO	24
4.4. APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO ANALIZADO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE FAMILIA Y DE MENORES	27
5. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	28
5.1. EL DESAMPARO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL MENOR.....	28
5.2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	36
5.3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	37
5.4. EL RÉGIMEN DE LAS RELACIONES PERSONALES TRAS LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	41
5.5. EL CESE DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y EL DERECHO DEL MENOR A SU REINSECCIÓN EN LA FAMILIA DE ORIGEN	44
6. EL ACOGIMIENTO	47
6.1. PRINCIPALES NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL ACOGIMIENTO.....	47
6.2. MODALIDADES DE ACOGIMIENTO: EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL	49
6.3. LA IDONEIDAD DE LOS ACOGEDORES	52
6.4. EL ALEJAMIENTO DE LA FAMILIA DE ORIGEN Y EL TRANSURSO DEL TIEMPO EN EL ACOGIMIENTO.....	54
7. GUARDA	56
7.1. LA GUARDA ASISTENCIAL O ADMINISTRATIVA.....	56
7.2. LA GUARDA DE HECHO	58
8. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	62
8.1. LA PATRIA POTESTAD.....	63
8.2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	64
8.3. VICISITUDES QUE AFECTAN AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: SUSPENSIÓN, PÉRDIDA, PRIVACIÓN, EXTINCIÓN Y RECUPERACIÓN	66
9. LA TUTELA	72
9.1. LA TUTELA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	72
9.2. LA TUTELA ADMINISTRATIVA DEL MENOR DESAMPARADO	73
9.3. LA TUTELA ORDINARIA Y LA SITUACIÓN FÁCTICA DE DESAMPARO.....	76

10. LA ADOPCIÓN	80
10.1. LA ADOPCIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS	80
10.2. REQUISITOS DE LOS ADOPTANTES.....	83
10.3. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN	85
10.4. EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS	87
10.5. EL EVENTUAL RETORNO DE UN MENOR ADOPTADO A SU FAMILIA DE ORIGEN	88
11. CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS POR SU ANORMAL FUNCIONAMIENTO	94
12. LA PROTECCIÓN DEL MENOR MEDIANTE EL FORTALECIMIENTO DE LAS FAMILIAS Y LA AYUDA A SU RECUPERACIÓN INTEGRAL	98
12.1. SIGNIFICADO Y CLASES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	98
12.2. LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y SITUACIÓN ACTUAL.....	100
12.3. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL EN LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA ..	103
13. CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	111
ANEXOS	

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Presentación del TFM y objeto de estudio

Los menores de edad son portadores de derechos inherentes a su propia condición, como seres humanos y como menores especialmente protegidos, si bien, por su incapacidad relativa para defenderlos y ejercitarlos a su discreción con suficiente criterio, y por su debilidad manifiesta ante cualquier abuso, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Esta situación de vulnerabilidad precisa de una regulación especialmente protectora por parte de la legislación, de las Administraciones Públicas, y de la sociedad como garantes de su desarrollo personal.

El presente trabajo aborda la difícil realidad de un colectivo de menores, una “infancia invisible” en palabras de la ONG *Save the Children*, separados de su familia de origen y que viven en centros y hogares de protección, con total desconocimiento por parte de la propia sociedad que los acoge, inconsciente de las complejidades jurídicas y sociales que entraña separar a un niño de su familia, sustituir su unidad familiar, desestructurada o no, por un medio institucional, y especialmente, la común ignorancia sobre el coste social necesario para poder lograr su integración y un crecimiento personal adecuado.

Por ello todas las sociedades modernas han establecido especialmente mecanismos de ayuda y sustitución, con diversos alcances y extensiones, de la labor que originariamente correspondería de forma imperativa a sus progenitores, quizás olvidando la posibilidad de la permanencia en su familia de origen, una vez corregidas las deficiencias que originaron dicha situación.

En el caso de nuestro país, la actual legislación, tanto dentro del marco internacional de las Naciones Unidas, como en el ámbito del Derecho Comunitario de la UE y de la legislación estatal y autonómica, fruto de la intención de evitar la desprotección de los menores y de la voluntad de procurarles una asistencia integral, ha sido dictada al efecto y reforzada en la última década, como parte de un proceso fundado en el modelo social y democrático de derecho, cuyo origen en el tiempo coincide con la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención de Derechos del Niño de 1989, y hoy día se materializa a través de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), también conocidos como Objetivos Mundiales, como llamado universal a la adopción de medidas, entre otras, para garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad, apoyando a los gobiernos para que integren los ODS en sus planes y políticas nacionales de desarrollo.

Con todo, centraremos nuestra investigación en el estudio de la doctrina del principio de permanencia del menor en su familia de origen, apostando por la institución familiar, pues es el ámbito natural de desarrollo del menor y en consecuencia, no descartando con ligereza a la permanencia en la familia biológica, salvo que se demuestre razonadamente que el menor de edad debe salir de ella y romper con su familia de origen para así lograr el restablecimiento

de sus derechos, momento en el que aparecen las figuras jurídicas del desamparo, su declaración, la adopción y el acogimiento, cuyo principal objetivo es restablecer las condiciones de vida óptimas para que el menor pueda seguir desarrollando adecuadamente su personalidad en un núcleo de convivencia equilibrado, si bien externo a su familia natural.

En todo caso, la acción protectora de la Administración Pública (en adelante AP) estará siempre presidida por el interés superior del menor y se ajustará a los siguientes principios:

- Fomento de las actuaciones preventivas a fin de evitar situaciones de riesgo y desprotección de menores.
- Permanencia del menor en su propio entorno familiar, siempre que ello no sea contrario a su interés.
- Búsqueda de alternativas familiares en los casos que la situación requiera separación del grupo familiar.
- Promoción de actuaciones tendentes a la reinserción familiar del menor, siempre que sea conveniente y redunde en su beneficio.

En definitiva, este Trabajo Final de Máster (TFM) trata de romper una lanza en favor tanto de la permanencia de los menores en su familia de origen, como de su retorno a ella, una vez superados los impedimentos que suscitaron la adopción de la medida de protección por parte de la AP en defensa de los derechos del menor, derecho precisamente a ser menor y disfrutar de su propia infancia, a su crecimiento en un entorno edificante y protector, en aplicación del marco legislativo vigente. Además, este trabajo pretende reflejar un sentimiento de solidaridad y ayuda a este colectivo tan vulnerable como invisible, propugnando su visibilidad para contribuir a impulsar, como decimos, la permanencia en la familia de origen y a aliviar, si cabe, la difícil situación de estos menores, desde la creencia de la obligación de la sociedad de procurarles un sólido apoyo psicológico y un mayor respaldo jurídico.

1.2. Objetivos

Para este TFM se definen los siguientes objetivos:

I: Caracterización de los principios jurídicos y de actuación administrativa que guían la normativa especializada en materia de protección del menor.

II: Analizar el concepto y alcance de las instituciones de protección y tutela de menores de edad.

III: Implementación práctica del principio de permanencia del menor en su familia de origen en el marco de las instituciones de protección del menor.

IV: Determinación de la responsabilidad de la Administración Pública por inadecuado funcionamiento a la hora de aplicar la legislación de protección del menor.

1.3. Aplicación de competencias vinculadas a la titulación

A lo largo del desarrollo del trabajo se han utilizado una serie de conocimientos extraídos del temario que compone las asignaturas del Máster Universitario en Gestión Administrativa (MUGA), los cuales nos han permitido comprender la materia legislativa, así como conectar conceptos para ser capaces de alcanzar conclusiones y opiniones críticas. Es importante destacar que este trabajo tiene relación con la titulación, puesto que durante su elaboración hemos plasmado conocimientos y competencias adquiridas.

Por ejemplo, en relación con las competencias, este TFM aborda el conocimiento de problemas contemporáneos, concretamente el derecho de los menores a vivir en su núcleo familiar y la protección de la familia, así como la protección de los menores ante situaciones nocivas e indeseables para su desarrollo.

En segundo lugar, por lo que respecta a la competencia sobre análisis y resolución de problemas, este trabajo estudia los elementos desde el punto de vista legal que afectan a la aplicación del principio de permanencia del menor en su familia de origen. También analiza cómo la normativa ha tratado hasta la fecha con mayor o menor éxito, de proteger a las familias. Para ello ha sido necesario poner en práctica el pensamiento crítico para así analizar numerosas sentencias en las que se puede observar cómo se ha procedido a aplicar en cada caso la normativa civil y administrativa para tratar de buscar la solución que más beneficie al menor y a su familia de origen.

Finalmente, como hemos dicho anteriormente, este trabajo guarda una íntima conexión con diversas asignaturas de la titulación entre las que podemos citar las siguientes:

- **Derecho Civil:** La presente asignatura abarca una introducción al Derecho Privado General con particular atención a las normas y principios básicos del “Derecho de la Persona”. A través de ella hemos tomado contacto con la legislación jurídica que trata de proteger al menor y a la institución de la familia.
- **Derecho Administrativo Especial:** La asignatura pretende el estudio de los contenidos esenciales de la parte general del Derecho Administrativo y el estudio de los presupuestos organizativos y jurídicos de la actuación de la AP, además del análisis y estudio del acto y procedimiento administrativo, así como el sistema de recursos disponibles contra aquéllos en vía administrativa y una aproximación introductoria al control jurisdiccional de la AP.

1.4. Metodología

La metodología escogida es la tradicionalmente utilizada en Ciencias Sociales y Jurídicas, donde podemos destacar, el estudio de la jurisprudencia y del ordenamiento jurídico. Durante el estudio del tema escogido, se han configurado e identificado como necesarias una serie de fases para la proposición inicial y desarrollo del tema y la posterior elaboración del presente documento. Dichas fases son las siguientes:

- Fase I: Identificación y valoración potencial del tema escogido para la planificación de las tareas a desarrollar y la asignación del tiempo de realización a cada una de ellas.
- Fase II: Recopilación de la normativa y legislación a nivel internacional, de la UE, nacional y de las diferentes Comunidades Autónomas (CCAA). En cada caso, se analizarán tanto las disposiciones generales como las reglamentarias y de aplicación.
- Fase III: En este punto se comenzará con la búsqueda de documentación y bibliografía (diccionarios jurídicos, publicaciones diversas y monografías, sitios web, etc.) para el desarrollo del estudio del tema seleccionado. Para ello se acudirá tanto a bibliotecas como a recursos digitales.
- Fase IV: Selección y primer análisis de los recursos bibliográficos y documentales obtenidos en la fase anterior, con el objetivo de encontrar el enfoque concreto al trabajo, refrendando nuestras ideas por autores y opiniones consolidadas.
- Fase V: Segundo análisis y estudio de la documentación obtenida, con el fin de extraer y sintetizar los fundamentos y conclusiones relativas a la aplicación de la legislación concreta referida al tema escogido. Además, se tratará de descartar las fuentes de información que se alejen de nuestro estudio.
- Fase VI: Para condensar y aplicar los conocimientos obtenidos durante la realización del MUGA y las ideas e información obtenida de la lectura de las diferentes fuentes bibliográficas, procederemos al desarrollo de los diferentes capítulos de los que se compone este trabajo, con el fin de analizar durante el mismo toda la información extraída para entender la repercusión y la tendencia del fenómeno escogido.
- Fase VII: Para concluir el estudio, se formularán una serie de conclusiones con la finalidad de comprender los criterios que guían la actuación de la propia AP, su anormal funcionamiento en su caso, y la importancia que tiene el factor tiempo en las diferentes situaciones que se puede encontrar el menor.

Durante el transcurso de las diferentes etapas que se han expuesto anteriormente, se ha contado con el apoyo de los tutores, tanto en la búsqueda del enfoque más correcto del trabajo, la comprensión de las ideas a analizar, así como en la corrección, mejora y la proposición y aportación de ideas para el correcto análisis del tema escogido.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

2.1. Marco normativo internacional y comunitario para la protección de menores

Existe en gran número de normativas internacionales y comunitarias en materia de infancia, en este trabajo nos centraremos en aquellas que han tenido mayor repercusión en el marco jurídico español.

La primera norma internacional que dispuso una serie de derechos básicos a favor de la protección del menor fue la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño de 26 de noviembre de 1924. En esta se estableció que la “humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.

A continuación, el 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los derechos del niño por la asamblea general de Naciones Unidas. Partía de la idea inicial de la ausencia de madurez del menor, y por ello requerían una serie de cuidados, incluyendo la protección legal¹. Esta protección legal también fue considerada en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, con el fin de que los niños disfrutaran de una infancia feliz. Y exhortaba a todos los ciudadanos, incluidos los padres del menor, a que reconocieran los derechos que regulaba y respetasen los principios que establecía.

También son de destacar el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, aprobados por la Asamblea general de las naciones unidas. Ciertamente estos pactos influyeron decisivamente en la posterior Convención de los derechos del niño de 1989 tal y como señala OCÓN DOMINGO².

La Asamblea general de naciones unidas reunida el 20 de noviembre 1989, en su resolución 44/25 adoptó y ratificó la Convención sobre los derechos del niño. La Declaración de 1959 antecede a la Convención de los derechos del niño, reconociendo en su preámbulo la existencia de menores en condiciones difíciles y la necesidad de protección de estos. En este punto, la cooperación internacional fue esencial para mejorar las condiciones que sufrían los menores y establecía a lo largo de su articulado los derechos que protegían al menor durante su crecimiento en el seno de su familia natural, debiendo desarrollarse en un ambiente de amor y felicidad, para así alcanzar una educación basada en la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. Le daba cierta importancia a las tradiciones y valores culturales para la protección del menor, para asentar su personalidad y así conseguir que sea capaz de desenvolverse de manera independiente y autónoma en la sociedad³. Como se puede observar, esta

¹ Tercer Considerando del Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y Noveno de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

² OCÓN DOMINGO, J. (2006). *Normativa internacional de protección a la infancia*. Granada: Universidad de Granada, pág. 115.

³ Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

norma dotaba de protagonismo al menor, otorgándole un papel importante en la sociedad, papel que hasta ese momento no tenía.

Junto a esta Convención, encontramos tres protocolos facultativos que la perfeccionaban: el protocolo sobre un procedimiento de comunicaciones para la presentación de denuncias ante el Comité de los derechos del niño, el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados y el protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil.

Posteriormente, la condición del menor se reforzó por la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, Resolución 61/106 adoptada por la Asamblea general de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008. Partía de la idea de reconocer la dignidad y derechos a todos los miembros de la familia. Además, añadía especial importancia a aquellos niños y niñas con cierto grado de discapacidad, concediéndoles una protección especial por estar expuestos a un mayor riesgo dentro y fuera del hogar⁴.

Pasando al ámbito de la UE, el Parlamento Europeo, por medio de la Resolución A3-0172/92 aprobó la Carta de los derechos del niño en 1992. Esta se fundamentaba en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y establecía un conjunto de elementos para hacer frente a los problemas de la integración europea de los menores. Finalmente, los derechos de los niños quedaron consagrados en la Carta Europea de los derechos fundamentales. Precisamente, los dos primeros puntos del art. 24 de la propia Carta Europea se basaban en los arts. 3, 9, 12 y 13 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

La Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva introdujo un hito importante en materia de protección de menores frente a la programación, televenta y publicidad.

También son reseñables dos Convenios del Consejo de Europa, uno sobre protección de menores en caso de explotación infantil y abuso sexual (en Lanzarote, en el 2007) y otro sobre adopción de menores (suscrito en Estrasburgo, en el 2008).

Y finalmente, cabe destacar el Reglamento núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, sobre ejecuciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento núm. 1347/2000. Su finalidad era garantizar la igualdad de todos los hijos, además especificaba el

⁴ MORETÓN SANZ, F. (2009). "El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Barcelona: Bosch, págs. 992 a 1016.

ámbito competencial de responsabilidad parental en función del interés superior del menor y de la proximidad de este, dotando de competencia para ello a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenga su residencia habitual.

2.2. Derecho comparado

En los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno se contiene una regulación específica en materia de familia y menores. Así podemos hacer referencia entre otras a: en la Constitución italiana de 1948 (art. 29), en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁵ (art. 6) y en la Constitución francesa de 1958 (párrafos 9 y 10 del Preámbulo).

En Francia, la protección de los menores, al igual que en el sistema español, se basa en dos modelos de protección, el familiar y el institucional por la AP, que se articula a través de la adopción de medidas preventivas y educativas para apoyar a las familias en el cuidado de los menores. La protección judicial que se lleva a cabo en Francia es una de las que mejor contribuyen a salvaguardar los derechos fundamentales de los niños⁶.

A diferencia de nuestro modelo, el francés no ha llevado a cabo la desjudicialización de la protección del menor mediante la implicación de la AP en la gestión de dicha materia. En el sistema francés tienen mayor preponderancia las instituciones judiciales del juez de menores, el juez de familia o magistrado de asuntos familiares del Tribunal de Gran Instancia o el juez penal.

El sistema italiano mantiene ciertas similitudes con el modelo francés, al constituirse bajo un sistema mixto. Los poderes públicos diseñan y aplican la política de infancia para asegurar la protección del menor y los padres tienen la obligación de asistir a los menores.

El caso alemán es similar. Otorga a la institución familiar una protección especial. Su Constitución establece que la educación y el cuidado de los hijos son un derecho y un deber de los progenitores y el Estado debe velar por su cumplimiento.

Finalmente, podemos concluir que el sistema de protección de menores mantiene una estructura similar en los países europeos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partiendo del art. 8 del Convenio de Roma⁷, elabora una

⁵ Fue el nombre utilizado para llamar a la Constitución de Alemania Occidental, aprobada el 22 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.

⁶ HERAS HERNÁNDEZ, M.M. (2008). ¿Hacia la “contractualización” de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés? El contrato de responsabilidad parental”, en *Actualidad Civil*, núm. 10, pág. 84.

⁷ Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta

extensa doctrina jurisprudencial de defensa de la institución de la familia. Es evidente que la separación del menor de su familia natural, como consecuencia de la asunción por parte de los poderes públicos de la custodia de este, poniendo en peligro su integridad emocional, es una de las situaciones que podrían infringir este artículo. Como expone SALANOVA VILLANUEVA⁸ numerosas circunstancias han sido denunciadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que nos hace comprobar que, en el ámbito de la UE, la protección del menor se atribuye principalmente a la familia, pero la AP tiene la capacidad de intervenir en el caso de que esta protección no sea prestada.

2.3. Marco normativo nacional histórico

Desde una perspectiva histórica la preocupación por los menores faltos de cuidado no es un fenómeno reciente, ya que siempre ha existido en nuestro país, y a día de hoy todavía supone un problema social. Las arraigadas estructuras estatales del siglo XVIII no permitían abordar el problema, hasta entonces en manos de la caridad privada y eclesiástica, hasta que en el siglo XIX los poderes públicos centran su atención en esta materia.

Con motivo de la desamortización de los bienes de la Iglesia de mediados del siglo XIX, se observó la necesidad de reformar el sistema asistencial, que hasta ese momento dependía de la Iglesia. De este modo, con la secularización de la Iglesia, el Estado se ve obligado a hacer frente a un problema que venía ignorando hasta entonces.

Por otra parte, la crisis que comenzó en España en la segunda mitad del siglo XVIII, ocasionó a principios del siglo XIX, un aumento de la demanda asistencial mostrando las carencias del sistema eclesiástico. Las instituciones privadas dedicadas al cuidado de los menores, como las casas de misericordia o las casas de maternidad se vieron sobrepasadas. La falta de medios y con ellos la mortandad infantil hicieron cuestionar a la sociedad el papel que estas ocupaban.

A finales del siglo XI y principios del XX, como consecuencias de la secularización de la sociedad y el proceso de desamortización⁹ aparecieron en España las primeras leyes dirigidas a proteger a los menores: la Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores, estableciendo una sanción a las personas que explotaran a los menores; el

injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁸ SALANOVA VILLANUEVA, M. (2003). “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Aranzadi Civil*, núm. 1, pág. 1947.

⁹ BOCCIO SERRANO, M.J. (2017). *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 36.

Código Civil (CC) de 1889, que muestra cierta preocupación por normativizar las relaciones paterno filiales, regulando la patria potestad para ambos progenitores, equiparando los derechos y obligaciones de los hijos legítimos con los ilegítimos reconocidos y los adoptivos, y estableciendo las obligaciones parentales; la Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de 16 años, del 23 de julio de 1903, en la que se autoriza por primera vez a la AP a ejercer la acción tutelar o protectora de menores abandonados o que no reciben asistencia por sus padres.

No obstante, con esta legislación no quedaba resuelto el problema del abandono y la explotación infantil. Por ello, resulta relevante destacar la Ley de protección a la infancia, cuya aprobación tuvo lugar el 12 de agosto de 1904, posteriormente desarrollada por el Reglamento de 24 de enero de 1908. Esta concedía protección pública a los menores de diez años y para ello contemplaba la creación de un conjunto de entidades públicas encargadas de la acción protectora. Supone una norma precursora en la construcción del sistema de protección del menor en España.

Más tarde, en 1918 se aprobó la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños, por la que se constituyeron en España los primeros Tribunales para menores. La competencia de estos tribunales se extendía al conocimiento de los delitos y faltas cometidos por menores de quince años y a la suspensión del derecho de los progenitores o tutores a la guarda y educación del menor, cuando lleven a cabo delitos o conductas que supongan un mal ejercicio de la patria potestad y la desprotección del menor. De esta manera, el art. 6 de la ley habilita al Tribunal “acordar dejar al menor al cuidado de su familia o entregárselo a otra persona o a una Sociedad tutelar o ingresarlo por tiempo determinado en un Establecimiento benéfico de carácter particular o del Estado”. Esta Ley sufre una serie de reformas en 1925 y finalmente en 1929 sigue manteniendo la naturaleza administrativa de los Tribunales, pero delimitando de manera más específica las facultades reformadoras y protectoras que le son encomendadas a dichos Tribunales.

Así, el art. 9 de esta ley confería a los Tribunales tutelares las siguientes competencias: conocer las acciones u omisiones cometidas por menores de dieciséis años; infracciones administrativas; y supuestos de menores de dieciséis años dedicados a la prostitución, atribuyendo al Tribunal un papel reformador, educativo y tutelar, pero no represivo¹⁰.

Además, ostentan la capacidad de decretar la suspensión del derecho de los progenitores o tutores en la guarda y educación del menor en los casos previstos en el CC y en las normas penales, adquiriendo el Tribunal un papel preventivo.

¹⁰ BOCCIO SERRANO, M.J. (2017). *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 31.

Del análisis de esta legislación se puede observar cómo el control e intervención por parte de la AP no sólo recaía sobre los menores y su indisciplina, sino también sobre las familias que los abandonaban o maltrataban.

En 1945 se promulgó el Fuero de los Españoles. En su art. 22 sitúa a la familia como una pieza clave de la sociedad, al establecer que “el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana y positiva” y a continuación, en su art. 23, las obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos y las consecuencias de incumplirlas: “Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y custodia de los menores a quien por Ley corresponda”.

Se contemplaba la capacidad del Estado para retirar la patria potestad en los casos en que los progenitores no cumplieran con el deber de cuidar del menor. Posteriormente, la ley de tribunales tutelares de menores fue objeto de numerosas reformas hasta el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprobó el texto refundido de la legislación sobre Tribunales tutelares de menores (seguía los pasos de la legislación de 1929), vigente hasta el momento de aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, posteriormente derogada por la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Tras la síntesis realizada del marco normativo en materia de protección de menores se ha podido observar la función protectora-reformadora que conservaban los Tribunales desde la década de los cuarenta hasta que se impuso el sistema actual en los años ochenta. Esta facultad se ejercía al mismo tiempo sobre el menor para protegerlo y sobre sus responsables para evitar actuaciones en perjuicio de este. El ejercicio de esta facultad por los Tribunales comportaba la suspensión de los derechos de guarda y educación de los progenitores o tutores sobre el niño, recayendo la acción tutelar en los propios Tribunales.

Es evidente el protagonismo de los Tribunales tutelares de menores y a la vista de esto podemos concluir que el sistema de protección del menor se reservaba a la autoridad judicial, en vez de atribuirle la competencia a la AP, lo que resultaba más acorde con la finalidad de proteger al menor. Todo ello, sin olvidar la influencia que la AP ejercía sobre estos al tener que apoyarse en órganos administrativos para cumplir con los objetivos establecidos en la ley.

2.4. La legislación española actual

La protección y asistencia a los menores adquiere gran importancia en el marco constitucional actual. Se establece en el art. 39 de la Constitución

Española (en adelante CE), la obligación de los progenitores y de los poderes públicos de asistir a los menores. Los poderes públicos deben garantizar una asistencia efectiva en los casos en los que los progenitores no aseguren los derechos del menor.

Una buena aproximación a este enunciado constitucional es la que realiza VARGAS CABRERA; para quien la familia supone, por un lado, una organización íntima de relaciones que requieren un ámbito de privacidad bien delimitado y protegido frente a terceras personas (ya sean los particulares o los poderes públicos) y por otro lado, no le otorga a esta un fin en sí mismo, reconociendo su orientación al desempeño de funciones asistenciales en relación con personas especialmente necesitadas de protección; es por ello que se le confiere especial legitimación a los poderes públicos¹¹.

La familia natural mantiene la responsabilidad directa de la educación del menor; no obstante, las Entidades Públicas deben actuar de manera subsidiaria siempre que los progenitores o tutores no cumplan con sus obligaciones legales. Podemos observar cómo se ha configurado un sistema mixto¹² al tener la familia natural el deber de atender las necesidades del menor para facilitar su desarrollo y los poderes públicos mantengan el deber de asegurar la protección integral del menor tal y como establece la CE.

Con el fin de adaptar el CC a los principios constitucionales de 1978, se aprobó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela, así como la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y consecutivamente la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

La ya citada Ley 21/1987 dota de gran protagonismo a los poderes públicos en esta materia ya que les permite asumir de manera prioritaria y directa la atención de los problemas que los menores plantean. Permite a los entes administrativos para llevar a cabo el acogimiento del menor¹³, y será necesario su consentimiento para el acogimiento¹⁴. Además, introduce un avance en las ideas que deben regir la actuación de los poderes públicos a la hora de proteger la institución familiar. Esta Ley atribuye valor a los poderes públicos al disponer de medios suficientes para atender de manera eficaz a los menores que no disponen de la atención material o moral que necesitan. Posteriormente analizaremos si la propia AP cumple con esta premisa.

¹¹ VARGAS CABRERA, B. (1991). "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas" en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44. núm 2, pág. 616.

¹² *Memento práctico Familia (Civil)*. (2018), Francis Lefebvre Colección Mementos, pág. 213.

¹³ Art. 173 de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

¹⁴ Art. 176 de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM) junto a lo establecido sobre esta materia en el CC constituyen el principal marco normativo regulador de los derechos de los niños. Esta Ley supone la base legislativa de las posteriores disposiciones normativas autonómicas. Sin embargo, tras varios años desde su publicación, han tenido lugar numerosos cambios sociales con repercusiones en la situación del menor, haciendo necesario una mejora de los instrumentos de protección, para el efectivo cumplimiento de las normas internacionales y europeas, así como de nuestra Constitución.

Finalmente, es necesario mencionar la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Tiene por objeto introducir una serie de cambios en la legislación española protectora de la infancia, para así continuar la protección uniforme del menor en todo el territorio español, suponiendo la base de referencia para las CCAA. Introduce en sus primeros artículos las modificaciones a la LOPJM, al CC, a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, etc.

3. LOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Con la finalización de la segunda guerra mundial se consolida en el mundo occidental, el estado social. Esto permite destinar un gran número de recursos, tanto asistenciales como económicos, a sectores de la población que hasta ese momento eran ajenos a las políticas de bienestar social, entre ellos el de la infancia.

Esta nueva realidad socioeconómica, siendo consciente, además, de la disminución de la natalidad, aumenta la sensibilización hacia los problemas de la infancia, estableciendo por ello, una serie de principios informadores que deben regir las nuevas políticas de protección del menor y, posteriormente, llevando a cabo reformas legislativas que afectan al derecho de los menores. El ordenamiento jurídico en materia de protección de menores es conocedor de un conjunto de principios generales con trascendencia suficiente para los operadores jurídicos, y será su trasgresión o no, lo que estipule el juicio de legalidad sobre la resolución judicial o administrativa correspondiente.

Tanto el Derecho Internacional como la propia CE, cuyo art. 39.4 establece que los niños gozan de la protección en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos, ejercen cierta influencia en los Tribunales españoles, al considerar el principio de prioridad de la familia natural del art. 172.4 del CC junto con el principio de protección al menor, uno de los grandes principios rectores en el marco de actuación de protección del menor.

La propia CE de 1978 enumera en el Capítulo III de su Título I los principios rectores de la política social y económica, y hace mención a la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar la protección de la familia, y dentro de esta, con especial referencia a la protección de los menores. El art. 39 de la CE protege a la familia¹⁵ y especialmente al menor, ya que según LÁZARO GONZÁLEZ nos encontramos ante una referencia directa a la protección de menores, típica de una Constitución social¹⁶.

Conforme lo establecido en la Constitución y en las demás normas internacionales se inicia un importante proceso de renovación del ordenamiento jurídico español en materia de menores.

¹⁵ Es evidente la pluralidad de modelos de familia que actualmente se puede apreciar en la sociedad. Así junto a la tradicional familia constituida por una pareja heterosexual (padre y madre con independencia de que tengan entre sí un vínculo jurídico matrimonial o de pareja de hecho) podemos encontrar otros modelos de familia, como las monoparentales (cuyo origen puede ser diverso, ej. una madre sin pareja por causa de una ruptura matrimonial), además de la familia originada de una unión matrimonial homosexual (admitida desde la reforma del Código Civil de 2005).

¹⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, I. (1997). *Los menores en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, pág. 145.

La Ley 21/1987 es la que introduce más cambios en el ámbito de la protección del menor. Esta sustituye el concepto de abandono por la figura del desamparo, dando lugar a la agilización de los procedimientos de protección, al permitir la asunción automática del desamparo por la AP competente en los casos de desprotección grave del niño. Del mismo modo, estableció el interés del menor como principio inspirador; el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en materia de menores y en sus obligaciones, y lo más importante, consideró la adopción como un elemento de plena integración familiar.

Con la aparición de nuevas necesidades de los menores en España, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pretende una adaptación de los principios de la actuación administrativa, además de hacer una exhaustiva revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia, y con ello, lograr la unificación de la normativa en todo el territorio nacional.

Históricamente, la protección del menor ha constituido un ámbito competencial ajeno a la actuación de los poderes públicos. Del mismo modo, la institución de la familia también quedaba al margen de tal actuación, siendo amparado jurídicamente por el ámbito privado. Hoy, sin embargo, la familia constituye un importante elemento en la estructura de la sociedad, por lo que debe ser protegida jurídicamente y auxiliada social y económicamente.

En base al artículo 39.1 de la CE, la intervención que realiza la AP en el ámbito de la familia se encuadra en el contexto de la política social. Hay que tener en cuenta, que a partir de la aprobación de la Ley 21/1987, toda actividad que realice la AP en materia de adopción, guarda y tutela de menores se encuentra sometida al derecho privado. Las actuaciones de investigación, valoración y tratamiento de los supuestos de desamparo, se encuentran en el marco del derecho de familia. Las numerosas potestades que la normativa confiere a la AP deben conducirse y coordinarse con las facultades que el derecho de familia confiere a los sujetos que componen la familia biológica en su conjunto, protegida por los preceptos constitucionales. Cualquier medida que se establezca en nuestro ordenamiento jurídico, que tenga como finalidad proteger al menor, tiene que ser compatible con el principio de integración en la familia biológica, ya que, si no fuera así, se estaría contradiciendo lo establecido en el art. 39 CE.

Se trata de un ámbito en el que coinciden el derecho privado y el derecho público, los cuales responden a principios opuestos. La delimitación de ambos campos de actuación debe realizarse conforme a los principios inspiradores del ordenamiento de familia, en el que es evidente que subyacen numerosos intereses públicos. La actuación pública mantiene una responsabilidad subsidiaria respecto de las responsabilidades que corresponden a los que tienen los menores a su cargo. Sólo si estos faltan al cumplimiento de los deberes y responsabilidades con respecto del menor, se aplicarán las medidas que contempla la normativa correspondiente. La intervención pública se contempla

como última posibilidad de actuación, ya que el deber de la AP es ayudar a la familia biológica, siendo su objetivo el mantenimiento del menor en esta, conforme establece el art. 12 de la LOPJM: “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 menor”. De este modo es comprensible que las medidas de protección de los menores dictadas por las CCAA en materia de asistencia social y de protección de menores estén influenciadas por el principio de protección a la familia. Por tanto, la actuación de la AP queda vinculada a los siguientes principios: “el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen” y la “integración familiar y social del menor”, acordes al art. 11.2 c) y d) de la LOPJM.

En el caso de la Comunidad Valenciana, la Consellería competente en la materia, hoy día la Vicepresidencia y Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas, heredera de la Consellería de Bienestar Social, han venido desarrollando en el período 2002-2010 sucesivos planes integrales de protección (Plan Integral de la Familia e Infancia de la Comunidad Valenciana), hoy reformulados al amparo de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana. (DOCV núm. 5803 de 10.07.2008) y apostando en palabras de AMAT LLOMBART¹⁷ por “una intervención prioritaria en el ámbito familiar de los menores, procurando que las medidas y ayudas tiendan a facilitar la permanencia o reintegración del menor en su familia de origen y su ámbito social natural” e imponiendo “una perspectiva eminentemente preventiva” por parte de las AAPP.

Como se puede observar, el objetivo principal de los poderes públicos es preservar esa unidad familiar, siendo, el bienestar del menor el criterio principal a valorar para considerar en qué grado debe intervenir la AP. Sin embargo, es difícil determinar cuál es el interés superior del menor ya que en este punto surgen otros intereses que hay que tener en cuenta, como por ejemplo la unidad familiar. La acción preventiva que lleva a cabo la AP es esencial, del mismo modo que las actividades públicas y privadas que se dirigen a favorecer la integración del menor en la familia natural, especialmente, en los casos en los que la familia de origen presente una situación de riesgo.

Es en este punto cuando nos encontramos con otro principio que limita la actuación de la AP, y es el principio de intervención limitada, mediante el cual se da prioridad al entorno familiar. La figura de la familia aparece como una organización funcional que debe estar al servicio del desarrollo físico y psicológico del menor. Por ello, la propia AP debe llevar a cabo una serie de acciones para evitar la separación del menor de sus padres biológicos.

¹⁷ AMAT LLOMBART, P. (2011). “Régimen jurídico de la protección a la infancia y del menor en la Comunidad Autónoma Valenciana”, en HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ, M.A., *Derecho y familia en siglo XXI*. Almería: Universidad de Almería, pág. 870 y ss.

Si finalmente la medida adoptada supusiera la separación del menor de su ámbito familiar, la AP deberá procurar los medios necesarios para recuperar la convivencia con la familia de origen o con otros miembros de la familia biológica.

Como es evidente, la crisis económica, los diversos recortes presupuestarios realizados y el cambio de modelo de bienestar (desahucios, escasez de recursos, etc.) han supuesto un mayor riesgo para los menores, situándolos en condiciones inaceptables.

4. EL MANTENIMIENTO DEL MENOR EN SU FAMILIA DE ORIGEN COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO

4.1. Aproximación a su regulación internacional, europea y estatal

La importancia social que adquiere la institución de la familia obliga a los Estados a comprometerse a apoyarla y a velar por ella, obligándola a implementar su tarea como educadora y socializadora de la prole.

Esta responsabilidad se contiene en numerosos instrumentos internacionales, como: la Declaración universal de los derechos del hombre, proclamada en París el 10 de diciembre de 1948, estableciendo en su art. 16: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en cuyos arts. 10.1: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”; y 23.1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” se puede contrastar dicha importancia.

Del mismo modo, esta premisa se vio reflejada en el propio ámbito europeo. La Declaración de derechos del niño de 1959 dispuso en su principio II: “El niño debe ser cuidado con el debido respeto a la familia como entidad”.

Posteriormente, en la Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y bienestar de los niños de 1986, con especial referencia al acogimiento y a la adopción, se establece como prioridad principal para el niño el ser cuidado por sus padres (art. 1), y solo cuando este cuidado no estuviera disponible o fuera inapropiado, se contemplaba la crianza por parientes o por otra familia o institución (art. 4).

Una reflexión importante fue la que se desarrolló en la Convención sobre los derechos del niño de 1989. En los párrafos quinto y sexto de su preámbulo se observa cómo el mejor entorno para el adecuado desarrollo del niño es la propia familia. Esta afirmación adquiere fuerza a lo largo de su articulado, contemplando al menor en todo momento en el contexto de su unidad familiar.

La institución familiar adquiere tal importancia que se impuso la especial tutela de los hijos a través del art. 3.2 de la citada Convención: “Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres...”. Como se puede observar, esta afirmación rompe con la intangibilidad del principio II de la Declaración de derechos del niño¹⁸, ya que de este se puede

¹⁸ Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad

deducir la necesidad de la correcta protección del menor para que se tengan en cuenta los derechos de los progenitores.

Otros textos europeos en los que se deduce la importancia de la familia y su privacidad son la Carta social europea de 1996, cuyo art. 16 contempla a la familia como célula fundamental de la sociedad, otorgándole una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo; y la Carta de los derechos fundamentales de la UE, aprobada en Niza el 7 de diciembre del 2000: en su art. 7 se establece el derecho que tienen las personas de que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y comunicaciones.

A la vista de las normas jurídicas analizadas hasta el momento el principio que ahora centra nuestro interés, resulta aplicable de la siguiente manera: de manera prioritaria implica la protección y cuidado del menor por su familia, a su vez exige la protección de la familia siempre que cumpla con sus obligaciones para con el menor y, por último, la intervención subsidiaria de los poderes públicos en caso de incumplimiento por parte de la familia.

Por otro lado, hemos podido observar cómo numerosos países miembros de la UE han adoptado estas normas en sus respectivos textos constitucionales. Así en el caso de Alemania, en la propia Ley fundamental de Bonn de 1949, su art. 6.2 dispone: “El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación que incumbe primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento”, y también en el art. 6.3: “Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de la familia en virtud de una ley, cuando los encargados de la educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo”¹⁹.

También resulta destacable el art. 30 de la Constitución italiana de 1947: “Es deber y derecho de los padres mantener, criar y educar a sus hijos, incluso los nacidos fuera del matrimonio. En el caso de incapacidad de los padres la ley establece las tareas que deberán llevar a cabo”.

De la lectura de estos artículos podemos contemplar numerosas similitudes con el art. 9.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, como por ejemplo la importancia de los padres en el desarrollo del menor, la protección de la familia cuando el niño recibe los cuidados pertinentes o las facultades que adquieren los poderes públicos cuando los padres no cumplen con sus obligaciones.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, el art. 39.1 de la CE de 1978 establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Tal protección jurídica también se tiene en

y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁹ Traducción extraída del ejemplar de la Ley fundamental de Bonn en castellano distribuido por la embajada alemana en España.

cuenta por el art. 67 del CC, imponiendo a los cónyuges el mandato de “actuar en interés de la familia”, y por el art. 103.2 del mismo cuerpo legal que dispone como criterio a tener en cuenta para asignar el uso de la vivienda en los casos de divorcio “el interés familiar más necesitado de protección”.

Como se puede observar, el ya citado art. 39 de la CE se inspira en algunas normas de Derecho internacional, como, por ejemplo, en la Declaración universal de derechos humanos, la Carta social europea y la Carta de los derechos fundamentales de la UE, etc.

El art. 39.1 CE presenta la protección de la familia como “asegurada” por los poderes públicos en su vertiente social, económica y jurídica. En este punto parece oportuno relacionar este precepto con el art. 18.1 de la propia Constitución, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar. En palabras de PUIG FERRIOL²⁰: dicho artículo “impide toda intervención del Estado en las relaciones familiares, pues las relaciones entre padres e hijos requieren la privacidad de la vida familiar bajo la supervisión de los padres, cuya autonomía debe respetarse”.

Por otro lado, el art. 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos “habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. La obligación que impone este precepto, tiene como destinatarios directos los progenitores del menor y no los poderes públicos.

El principio objeto de estudio aparece expresamente consagrado, en primer lugar, en el art. 11 de la LOPJM de 1996, antes de su reforma de 2015, mediante la siguiente fórmula: “El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.”. Sin embargo, transcurridos más de veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional antes mencionadas, siendo necesaria la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Tras la reforma, el propio artículo 11.2.b de la LOPJM queda regulado de la siguiente manera: “El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. Con ello se consigue mejorar la técnica legislativa, conservando la permanencia del menor en su familia, pero de manera más concreta con la expresión “familia de origen”. Además, tras esta reforma se da protagonismo a las medidas de protección familiar, priorizando el acogimiento familiar como consecuencia. De esta manera, la intervención

²⁰ PUIG FERRIOL, L. (2002). “Constitución y protección de la familia”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm 40, pág. 182.

subsidiaria de los poderes públicos adquiere un papel secundario a expensas de la inactividad de la familia del menor.

Como se puede observar, las normas dirigidas a la protección del menor han de respetar la permanencia del mismo en su familia, y lo hacen mediante el desarrollo, a lo largo de su articulado, de un conjunto de preceptos que evitan por todos los medios el desarraigo del niño de su medio familiar. Sin embargo, es evidente que el interés superior del niño prevalece sobre el principio del mantenimiento del menor en la familia de origen. En este punto cabría delimitar el alcance de cada principio, lo que será objeto de estudio en apartados posteriores.

En consonancia con el mandato constitucional, las leyes reguladoras de los servicios sociales y sobre protección del menor, promulgadas por las distintas CCAA, tienden a incluir entre sus áreas de actuación la protección y promoción de la familia. Es así como se desarrollan políticas de prevención de situaciones de riesgo.

Entre las medidas protectoras se encuentran algunas de naturaleza tributaria, como las que regulan el IRPF, u otras para el cumplimiento de fines sociales, como la construcción de viviendas sociales. También se proporcionan otros cuidados mediante políticas de empleo, sanitarias, becas, lucha contra la violencia doméstica, etc.

Toda la normativa hasta ahora citada constituye un claro ejemplo de lo que se ha avanzado en materia de protección de la familia. La protección de la estabilidad familiar es uno de los compromisos que más urgen a los poderes públicos si se quiere evitar la degradación de algunos ámbitos de la sociedad, evitando con ello instituciones familiares inestables, además de graves consecuencias para el menor.

4.2. Naturaleza jurídica del principio

El principio que venimos analizando tiene naturaleza de principio rector de la política social y económica. Dicha naturaleza jurídica entronca con el art. 39.3 de la CE al disponer “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” mediante este enunciado se impone como obligación a los progenitores asistir al menor. Considerando de manera indirecta, a los padres y por ende la familia natural, como el núcleo preferente, natural y prioritario de protección del menor. Y de manera excepcional, y así se deduce del art. 39.2 de la CE, cuando el menor no reciba la protección necesaria por sus padres, los poderes públicos serán los que intervengan en el cuidado y protección del niño.

El preámbulo de la LOPJM ya contemplaba la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia como principio rector de la política social y económica. Es por ello por lo que, de forma

prioritaria, como también deducimos de nuestra carta magna, deja la actuación de protección del menor a su familia natural, encargándose los poderes públicos de facilitar y proteger la unidad de la institución familiar, interviniendo únicamente cuando el menor se encuentre en una situación perjudicial o de indefensión. Así lo encontramos reflejado en el art. 11 de esta misma ley, en su apartado 2.b, integrando en los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores “el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”.

Bien es cierto que la formulación que utilizan ambos preceptos es bastante diferente. Nuestro texto constitucional se centra en orientar la actuación de los poderes públicos en situaciones en las que la institución protagonista sea la familia y los progenitores del menor, sometidos a una serie de obligaciones. Por otro lado, la LOPJM da prioridad al mantenimiento del menor en la familia de origen, siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Pero además introduce algo muy importante y de gran interés para el núcleo familiar: las medidas de protección familiares. Hay algo en lo que sí que coinciden y es la prioridad que otorgan a que el menor permanezca en su familia de origen, limitando la actuación de la AP con el respeto al principio de prioridad en la familia de origen, sólo permitiendo la intervención en la institución familiar cuando el menor se encuentre en peligro o en situaciones de riesgo.

Como se puede observar, ambos preceptos se complementan, aunque hay que tener en cuenta el pleno sometimiento de la LOPJM a la CE, no pudiendo contradecirla bajo ningún concepto. Por ello la LOPJM se centra en reafirmar el texto constitucional o desarrollar o matizar los aspectos aún no especificados.

La inclusión en el texto constitucional de unos principios rectores de la política social y económica vino impuesta por el art. 1.1 de la propia CE, en el que se señala que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Debe entenderse que tanto el art. 1 de la CE como el Capítulo III del Título I, “De los principios rectores de la política social y económica”, consiguen una implicación del Estado a favor de los ciudadanos, orientándolo de forma directa hacia la protección y garantía de los intereses sociales de la comunidad.

La dimensión que tales preceptos constitucionales suponen para el Estado tiene sus peculiaridades. El art. 53.3 de nuestro texto constitucional sólo impone que “informen” la legislación que desarrolle tales principios, con un margen de discrecionalidad, aunque su incumplimiento tendrá una serie de consecuencias. Pero ello no quiere decir que se trate de normas meramente programáticas ya que también tienen fuerza vinculante. En el momento en que tiene lugar una actuación negligente por parte del Estado con respecto a los principios rectores de la política social y económica, se deberá enmendar.

En palabras de GARCÍA CANALES²¹: “Los principios son tenidos, por lo común, como «cuasi-conceptos» o «cuasi-proposiciones» y, por consiguiente, como entidades jurídicas que inspiran sectores más o menos amplios del Derecho legal o consuetudinario. En cuanto fuentes del Derecho (art. 1.1 del CC), constituyen una de las formas o estados en que el Derecho se presenta” Tales principios sólo poseen fuerza cuando actúan en el conjunto del ordenamiento jurídico; podríamos decir que reciben su valor a través de este y es la función informadora que poseen (art 1.4 del CC)²² la que hace que estos posean la suficiente eficacia para influir en la actuación de los poderes públicos²³.

Por tanto, los principios rectores y los principios generales del derecho informan: la legislación (el ya citado art. 11.2 de la LOPJM, se trata de un ejemplo claro de principio²⁴ que informa e inspira a la ley y a su vez al Estado); la práctica judicial, a la hora de dictar sentencias para resolver conflictos privados entre particulares en relación con la materia de menores; y finalmente informan la actuación de los poderes públicos. Precisamente el art. 11 de la LOPJM lleva por título “principios rectores de la acción administrativa”, por lo que obliga a regirse a la AP por este principio. Ahora queda investigar si realmente esta premisa se cumple.

4.3. Contenido

Numerosos autores coinciden en que el mejor entorno para el desarrollo armónico del menor es su propia familia²⁵. El mantenimiento del menor en su familia de origen supone un derecho a favor del propio niño. Como se ha podido observar en los apartados anteriores, el fenómeno se manifiesta en numerosos puntos del articulado de las leyes sectoriales. También es importante el papel que asumen los poderes públicos, que adquieren una posición de supervisor y

²¹ GARCÍA CANALES, M. (1989). “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm 64, pág. 143.

²² Art 1.4 del CC: Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

²³ Esto responde directamente al principio de legalidad, al pleno sometimiento a las leyes y al Derecho que contempla el art. 103 de la CE.

²⁴ Principios recogidos, entre otros, en el art. 39 de la CE, donde se propugna la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, así como la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

²⁵ Véanse: ARRAZ FREIJO, E. (2005). *Familia y desarrollo psicológico*. Madrid: Pearson; BRONFENBRENNER, U. (1979). *La ecología del desarrollo humano*. Barcelona: Paidós Ibérica; GARCÍA HOZ, V. (1976). Citado en MEDINA RUBIO. “La familia y la formación de las actitudes personales ante la vida”, en LÓPEZ-BARAJAS (1997). *La familia en el tercer milenio*; LOPEZ ALARCÓN, M. (2002). *Protección jurídica de la estabilidad familiar*. Murcia: Universidad de Murcia.

en diversos supuestos se encargan de prestar al menor el cuidado que no le dispensan sus progenitores.

Ante tal situación podemos afirmar que nos encontramos ante una dicotomía público-privada, ya que, por una parte correspondería a la esfera privada, al propio entorno familiar, los cuidados y protección del menor, y por otra, quedaría a cargo de la esfera pública, el propio Estado, el suministro de recursos y servicios para facilitar el cumplimiento de las obligaciones correspondientes por parte de los padres (ej. Infraestructuras sanitarias y educativas, subsidios familiares, apoyo social, psicológico, etc.).

Esta dicotomía deja de ser absoluta a partir del principio de intervención subsidiaria o limitada del que anteriormente hemos hablado. La autonomía familiar se respeta mientras los progenitores satisfagan las obligaciones para con el menor. En el momento en que deje de ser así, la autoridad estará obligada a intervenir en la familia, encargándose directamente de la protección directa del menor. En estos casos la unidad familiar que se producía por el cuidado y la protección del menor se ve quebrada por la insuficiencia del cuidado y finalmente la privacidad termina cediendo ante la protección del interés del menor. Tal y como señala CASTÁN TOBEÑAS “el Estado tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente”²⁶.

En este punto los derechos del menor se separan de los derechos de la familia²⁷, y ya no es posible identificar la protección del menor con la protección de la familia; “de la conciencia de esta realidad, así como del escepticismo con el que se contemple la concepción de la dicotomía público-privada dependerá la efectividad de la protección que los Estados brinden a los menores”²⁸.

Tampoco hay que llevar al extremo esta intervención, ignorando la existencia del margen de actuación que mantienen los padres, actuando en relación con sus hijos, permitiendo una injerencia pública ante la disfunción del grupo familiar. El que se prime el interés del menor no significa que los demás intereses y derechos de la institución familiar que interviene en tal situación sean ignorados, pues podría perturbarse el derecho fundamental de la vida familiar

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1994). *Derecho civil español común y foral*, Vol. I. Madrid: Reus, págs. 78 y ss.

²⁷ Y su vinculación con el instituto de la patria potestad, que se configura como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos. Es una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la asistencia de todo orden (artículo 39.3 de la Constitución Española)” que establece los deberes de los padres: la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

²⁸ SALANOVA VILLANUEVA, M. (1995). “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, en *Derecho privado y constitución*, núm. 7, pág. 239.

privada. Hasta el propio marco internacional pone “a los unos por encima de la otra, más bien, pretende proteger la vida familiar sólo cuando ésta es consecuente con los derechos de los niños”²⁹.

Cualquier situación que ponga en peligro al menor posibilita al organismo correspondiente a intervenir, pero no a recurrir a determinadas medidas a no ser que se lleve a cabo un análisis de las circunstancias. La separación del menor de su familia natural conllevará una serie de consecuencias sobre la vida familiar y sobre el niño (se verá desestabilizado psicológica y emocionalmente al ser extraído de su medio habitual). Esta situación solo podrá ser justificada en situaciones de contrastada gravedad, en las que no quepa otra solución.

Otro punto importante que se desprende de este principio es la esencia de privacidad que se deduce del funcionamiento de la propia institución familiar (a lo que llamaremos la vida privada familiar), relacionada directamente con el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Este derecho presenta una doble línea de desarrollo, positiva y negativa, que habrán de respetar los Estados o poderes públicos para que no se produzca la transgresión del mismo.

En primer lugar, la vertiente negativa, en la que se obliga al Estado a no interferir en la vida privada de los ciudadanos salvo que concurran una serie de circunstancias. La convivencia del menor con su propia familia supone un elemento fundamental en la vida de este, ya que son los propios padres los más aptos para cuidar del menor, por lo que toda separación de este tipo constituye una injerencia grave.

En segundo lugar, la vertiente positiva, en la que se obliga al Estado a adoptar todo tipo de medidas para garantizar el disfrute de los derechos reconocidos, en este caso, el respeto de la vida familiar, más concretamente el derecho del menor a mantenerse en su familia de origen. Por lo que en el caso de que se produzca la separación del menor de la propia familia, la propia AP deberá desplegar todos los medios posibles para propiciar la relación del menor con su familia de origen. Si finalmente no se produce tal separación, los poderes públicos deberán del mismo modo, facilitar todo tipo de medidas para que tal separación no se lleve a cabo.

En el caso de que se detecten signos de deterioro de la institución familiar, los poderes públicos deberán intervenir de manera inmediata sin recurrir a medidas drásticas de separación. Los servicios encargados de llevar a cabo este tipo de medidas deberán tender al mantenimiento del menor en su ambiente familiar. Este apoyo suele ir acompañado de ayudas económicas destinados a núcleos familiares en los que aparecieron problemas que afectan al menor puedan estar motivados por una carencia económica que les perjudique.

²⁹ VAN BUEREN, G. (1995). *The International law on the rights of the Child*. Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 106.

Por lo mencionado anteriormente, es muy importante dotar a los servicios encargados de medios materiales y personales suficientes y adaptables a las diversas circunstancias que puedan tener lugar. No hay que olvidarse de la necesidad de formar a profesionales concienciados en las implicaciones de las tareas que van a desempeñar. Además, sería muy útil preparar a la sociedad de cara a asumir las futuras responsabilidades, mostrando los servicios de apoyo a las familias.

4.4. Aplicabilidad del principio analizado en el derecho español de familia y de menores

Llegados a este punto, en los sucesivos capítulos de este trabajo procederemos a describir y analizar la concreta implementación del principio en el marco del derecho español de familia y de menores, con especial atención a la intervención de la AP en materia de protección de menores.

A tal fin hemos procedido a identificar una serie de figuras e instituciones jurídicas relacionadas con la protección del menor, respecto de las cuales, una vez estudiado su concepto y significado, se abordará la efectiva aplicación del principio de permanencia en la familia natural en cada una de ellas.

5. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

5.1. El desamparo como medida de protección del menor

El desamparo resulta un concepto relativamente nuevo en nuestro sistema de Derecho civil. Es la Ley 21/1987, la que introduce importantes cambios en nuestro sistema de protección de menores. Mediante esta ley se consigue sustituir el concepto de “abandono del menor” por el de “desamparo”. Este cambio permitió la agilización de los procedimientos de protección del niño en situación de desprotección, al ser asumido el auxilio del menor, automáticamente, por parte de la AP competente.

El art. 172.1 párrafo 2º del CC considera desamparo “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

El Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de abril de 2014 y publicado el 28 de abril de 2014 introdujo una modificación en el art. 172 del CC, pero sin incluir un concepto determinado de desamparo. Es el art. 18 de la LOPJM el que enumera una serie de situaciones en las que se produce la declaración de desamparo del menor. Bien es cierto que el concepto de desamparo no se determina de manera específica en el conjunto de leyes que venimos analizando y es necesaria su concreción atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso.

En cuanto a los sujetos que pueden provocar la situación de desamparo, SERRANO GARCÍA³⁰ concluye que pueden inducir el desamparo: los titulares de la patria potestad, tanto los padres biológicos como los padres adoptivos y los tutores; los acogedores con las obligaciones del art. 173.1 del CC; el defensor judicial del menor, y el guardador de hecho del art. 303 del CC.

El desamparo es una situación de hecho que puede ser voluntaria y causada por los progenitores o involuntaria (cuando tal situación se produzca ante la existencia de una serie de comportamientos o circunstancias en los padres, aun teniendo intención de proteger y educar a sus hijos). Pero en este último caso, aunque para los padres o tutores sea imposible cumplir los deberes de protección se producirá la declaración de desamparo.

Así lo comprobamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Badajoz (Sección 3ª) de 7 de julio de 2011 (JUR 2011, 319255), FJ 2º: “Sentado lo anterior ha de decirse que en la materia que nos ocupa, tanto de lo dispuesto en el art. 39 de la CE, como del mismo CC en sus arts. 172 y siguientes se desprende que existen dos grandes principios concurrentes que han de ser armonizados cual son el interés preferente de los

³⁰ SERRANO GARCÍA, I. (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 578 y 579.

menores que expresamente consagra el art. 172.4 del CC y el derecho de la familia natural o padres biológicos a la educación de sus hijos. El principal motivo de litigio se centra en la existencia o no como cuestión fáctica del desamparo de la menor. Ha de comenzarse indicando que el art. 172.1 del CC considera el desamparo como aquella 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 estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La situación de desamparo, como elemento de hecho, puede ser voluntaria o querida por los progenitores, o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias en los padres, que, aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos, no puedan de hecho realizarlo. También debe resaltarse que la situación de desamparo ha de examinarse no al momento en que los actores se oponen a la resolución administrativa o al momento del juicio verbal, sino al momento en que tal situación es declarada por la AP y que determina la puesta en marcha de los mecanismos de protección del menor, y debe decirse que tal precisión no es baladí en el supuesto que nos ocupa pues entre esta resolución y la impugnación han pasado tres meses, y entre la resolución y el acto de la vista con la práctica de prueba ha transcurrido más de un año, resultando indiscutible que en dicho periodo de tiempo las circunstancias han podido cambiar, algunas como la guarda de la menor necesariamente han cambiado, sin que ello permita dilucidar la corrección o no de la declaración de desamparo”.

Es importante que el menor se encuentre privado de asistencia moral y/o material para que se produzca la situación de desamparo, lo cual legitima la actuación del organismo público protector. No es necesario que se produzca una ausencia de personas que ejerzan la guarda y protección del menor, sino que, aunque estas existan, deben encontrarse imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el ejercicio de protección como inadecuado, colocando al menor en situación de desasistencia³¹.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la SAP de Sevilla de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 122651), en la que el Letrado de la Junta de Andalucía consigue dejar sin efecto el acogimiento residencial derivado de la situación de desamparo, acordando la entrega inmediata del menor a sus padres. Así se recoge el FJ 3º: “La Sala no aprecia que al dictarse la correspondiente resolución administrativa de desamparo por parte de la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía se dieran los suficientes motivos de riesgo, en lo que respecta al menor José Augusto, para su declaración en situación legal de desamparo, puesto, que la intervención de la Entidad Pública de Protección tuvo su origen en la detención de D^a. Sagrario, madre del menor de referencia, quien tras una discusión con los otros coarrendatarios del piso que compartían, es detenida por la policía y trasladada a las dependencias policiales. Como el padre del menor

³¹ *Memento práctico Familia (Civil)*. (2018). Francis Lefebvre Colección Mementos, pág. 218.

no estaba residiendo en esta ciudad por motivos laborales, el niño quedó en situación fáctica de desamparo, lo que propició que la policía actuante entregase al menor en el Centro Luis Toribio de Velasco (Centro de acogida de menores que depende de la AP), donde se constató que el mismo estaba bien cuidado, atendido, escolarizado y con información positiva del centro educativo. Si bien la madre fue puesta en libertad al cabo de unas horas, sin embargo, cuando fue a recoger a su hijo ya tenía asumida la tutela la Junta de Andalucía puesto que había dictado la resolución administrativa que declaraba el desamparo. Partiendo del derecho del menor a crecer y ser atendido en el seno de su familia natural, así como el interés preferente del menor, la AP ha de asumir la fundamentación recogida por la Jueza, al no constar déficit alguno en los cuidados al niño por parte de los progenitores, acordando la reinserción familiar ante la inexistencia de factores de riesgo determinantes de la situación de desamparo, pero realizándose un seguimiento a la unidad familiar por Servicios Sociales especializados”.

Como se puede observar, en este caso, no es suficiente la ausencia de los progenitores, ya que tras la atención que los servicios sociales prestan al menor, comprueban que este se encuentra sano y que recibe los cuidados pertinentes. Finalmente, se acuerda su retorno a la familia natural, prima el principio de permanencia en la familia natural frente a otros. Bien es cierto que se mantiene un seguimiento de la vida y el cuidado que mantiene el menor en su familia, pero se apuesta por el retorno del menor a la familia natural para no ocasionar un perjuicio al menor y a sus progenitores al entender que el niño no se encuentra en una situación de peligro ni riesgos.

Siguiendo la definición del magistrado UTERA GUTIÉRREZ³², el concepto legal de desamparo requiere tres elementos básicos:

- a) El incumplimiento de los deberes de protección³³ que vienen establecidos en el art. 154 del CC (establecidos por este como contenido normal de la patria potestad). Este incumplimiento del que estamos hablando, puede ser total o parcial; puede derivar de una actitud culposa de los padres, tutores o guardadores, o incluso, proceder de una causa ajena a su voluntad que imposibilita el ejercicio de sus deberes.
- b) Que el incumplimiento genere una privación de asistencia material (como el concepto de alimento establecido en el art. 142 del CC) o moral (como afectividad), y cualquiera de ellos con determinada duración.
- c) La existencia de un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección determinados por el CC y la falta de asistencia al menor. Por tanto, quedarían excluidos del concepto de

³² UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. (2005). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Sepin, págs. 304 y 305.

³³ Por protección del menor, el CC se refiere a: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

desamparo aquellos supuestos en que no exista dicha relación de causalidad, siendo tales daños consecuencia del propio carácter del menor y no del resultado de un inadecuado ejercicio de los deberes de guarda. Es el caso en el que por una leve distracción del guardador la conducta del propio niño puede generar daños en su persona (como ocurre con los menores hiperactivos).

Según SERRANO GARCÍA, se debe distinguir entre el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección de ámbito personal situados en los arts. 154, 269 y 173.1 del CC; y la imposibilidad de ejercitar los deberes de guarda, lo que ocurriría con las personas declaradas incapaces por sentencia firme, los ausentes, los que sufran enfermedades físicas o psíquicas y generen comportamientos u omisiones que hagan necesaria la intervención pública, la necesidad económica y el intenso déficit socio-cultural³⁴.

La ausencia de asistencia moral o material al menor puede llevar a considerar que la intervención administrativa debe producirse siempre que los menores no estén debidamente guardados. Sin embargo, declarar la tutela *ex lege* para que sea asumida por la AP sólo procede cuando el niño se encuentre privado de lo necesario, entendiendo por necesario, según SERRANO GARCÍA, aquello sin lo que la persona del menor en sus aspectos morales y materiales pueda quedar comprometida en su desarrollo³⁵. Con ello, este autor podría referirse al caso en el que el menor se encuentre privado de los recursos materiales o afectivos mínimos para cubrir sus necesidades, recursos que resultan imprescindibles para desarrollar su personalidad y con ello al alcanzar la mayoría de edad pueda desenvolverse en la sociedad.

Sin perjuicio de lo establecido en el art. 172 del CC y siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ³⁶, podemos afirmar que el desamparo tiene su causa en determinadas situaciones referentes al ámbito familiar en el que se produce. De hecho, la resolución administrativa que declara el desamparo del menor y la desasistencia moral y material del mismo, es frecuente observarla en núcleos familiares con perfiles que se reiteran en la práctica. Estamos hablando de circunstancias que afectan a los progenitores o a la persona encargada de la guarda del menor. De tales circunstancias, establecidas en el art. 18 de la LOPJM, son frecuentes las que exponemos a continuación:

- Convivencia en un entorno familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor y por consiguiente el desarrollo de su personalidad. Es frecuente en familias con un patrón crónico de

³⁴ SERRANO GARCÍA, I. (1993). op. cit., págs. 579.

³⁵ SERRANO GARCÍA, I. (1993). op. cit., págs. 579.

³⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2009). "El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales", en GARCÍA RUBIO, M.P. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, págs. 712 a 715.

maltrato, agresividad, violencia³⁷ y conflictividad dentro del núcleo familiar³⁸.

- Explotación económica del menor como la mendicidad³⁹, la delincuencia, la prostitución y cualquier otra de análoga naturaleza.
- No escolarización del menor.
- Malos tratos, tanto físicos como psicológicos, además de abusos sexuales por parte de la familia o de terceras personas con el consentimiento de la familia natural.
- Drogadicción o alcoholismo⁴⁰ habitual de los miembros que componen el núcleo familiar, especialmente de padres, tutores o guardadores del niño, siempre y cuando tal situación incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.
- Trastorno mental grave de los progenitores o guardadores, impidiéndoles el normal ejercicio de la patria potestad, así como la falta de conciencia de las necesidades del menor, inhabilitándoles para la constitución de un sistema familiar estable⁴¹.
- Progenitores o guardadores ingresados en prisión⁴².
- Ausencia de las personas con responsabilidad para ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas se encuentren imposibilitadas para ejercerlas, siendo incapaces de establecer patrones de autoridad, ocasionando un peligro grave al menor (es decir, desinterés, abandono de funciones, dejación, despreocupación, etc.).

Tal y como aparece regulada normativamente la institución de desamparo, se trata de una medida que debe adoptarse como última opción, cuando existan situaciones de máxima gravedad, cuando la desatención al menor sea patente y no se haya podido evitar con medidas de menor repercusión para el menor y para su familia. Estaríamos ante supuestos que no pueden resolverse sin la intervención directa de la AP, separando al menor de su familia de origen.

³⁷ Sobre esto, véase: DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, págs. 46-60.

³⁸ Vid. SAP de Murcia de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 168743), SAP Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156638), entre otras.

³⁹ Vid. SAP de Castellón de 18 de julio de 2006 (JUR 2006, 287522), entre otras.

⁴⁰ Vid. SAP de Zaragoza de 21 de enero de 2006 (JUR 2006, 135311), SAP. Cádiz de 20 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 72579), entre otras.

⁴¹ Vid. SAP de Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156638), SAP. Alicante de 24 de julio de 2007 (JUR 2007, 336265), entre otras.

⁴² Vid. SAP de Sevilla de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 239369), entre otras.

Como señala BENAVENTE MOREDA,⁴³ “cada vez resulta más frecuente, encontrarnos con supuestos que, bien porque saltan a los medios de comunicación, bien porque son objeto de polémicas resoluciones judiciales⁴⁴, 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 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 AP, 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 casos con gran presión social o incluso mediática, determinar si un menor se encuentra en una u otra situación, a nuestro entender, hace, si cabe, más complejo el problema”.

La inmediata actuación que lleva a cabo la AP en este tipo de situaciones (lógica por otro lado, por ser necesaria una actuación temprana a la hora de defender los intereses de los menores ante situaciones en las que se encuentran en una posición más débil) privó a los tribunales de la toma de decisiones ante tales circunstancias; provocando, además, un vicio en el sistema cuando se declara el riesgo y desamparo del menor y con ello el acogimiento provisional, convirtiéndose en medidas definitivas cuando legal y socialmente no son consideradas de esta manera.

En opinión de BENAVENTE MOREDA⁴⁵, la cual compartimos, “resulta llamativo e inquietante esa proliferación de supuestos diferentes y variados, en los que, en aras del recurrente “interés superior del menor”, se inicia la maquinaria administrativa para poner coto a tales situaciones, donde el proceso conduce a declaraciones de desamparo que pueden calificarse de variopintas. Por ejemplo, el caso de menores que sufren obesidad, menores anoréxicos, menores maltratados física o psíquicamente, menores pertenecientes a familias desestructuradas o de niveles socioculturales deprimidos con problemas de alcoholismo o drogadicción de los padres. Ante cualquier atisbo de riesgo se actúa. Entre las razones que llevan a esa intervención administrativa se pueden

⁴³ BENAVENTE MOREDA, P. (2011). “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, pág. 16.

⁴⁴ Sirva de ejemplo la STC de 13 de septiembre de 2004, donde el TC entró a examinar el Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid, de ejecución del acuerdo de retirada de la tutela de menores por la declaración de desamparo de los mismos, y produciéndose la indebida valoración del propio TC al que, como acertadamente señala CABEDO MALLOL “no le es dado el control de la legalidad del acto que declara la situación del desamparo” (CABEDO MALLOL, V.J. (2008). “La jurisprudencia del tribunal constitucional. Cuestiones de fondo”, en *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid: La Ley).

⁴⁵ BENAVENTE MOREDA, P. (2011). op. cit., pág. 17.

mencionar, por un lado, la presión mediática que resulta cada vez mayor, y, por otro lado, el hecho de que las consecuencias de un error administrativo o de un problema familiar concreto, se hacen eco público y, como consecuencia de ello, se extienden en la sociedad como una nube tóxica, provocando que cualquier persona opine, valore y, lo que es más problemático, juzgue y condene”.

Como ejemplo, un supuesto que en 2007 saltó a los medios de comunicación, siendo el primer caso conocido en España en el que los servicios sociales del Principado de Asturias asumieron la tutela de un menor de 10 años, que se encontraba bajo la guarda de sus abuelos y que llegó a pesar 100 kg.

Otro ejemplo, lo encontramos en un caso que tuvo lugar en 2009, de un menor con obesidad cuya tutela había sido asumida por la junta de Galicia⁴⁶. La junta estimó que el menor se encontraba en una situación grave para su salud por padecer obesidad, entre otras cosas. La AP, hasta ese momento, había estado cuatro años realizando un seguimiento del caso. Y finalmente el menor fue declarado en desamparo. A la vista de este tipo de casos, podríamos decir que la obesidad en menores y los problemas asociados a ella, constituye una de las causas que desencadenan la intervención de la AP.

Ante las diferentes vicisitudes que pueden afectar a la vida y desarrollo de un menor resulta importante distinguir entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. Como hemos podido observar, el riesgo implica la concurrencia de circunstancias que provocan carencias en las necesidades básicas de los menores, que sin embargo no alcanzan la gravedad necesaria para separar al menor de su núcleo familiar, por lo que la AP sólo se limita a la elaboración y ejecución de un plan de trabajo acorde a la situación familiar. Sin embargo, el desamparo conlleva situaciones graves, que perturban e impiden el adecuado desarrollo o seguridad del menor, motivos suficientes para que la AP competente declare el desamparo del menor y asuma la tutela. Por ello, según PAINCEIRAS

⁴⁶ Finalmente se consideró un delito de abandono de familia y el caso se difundió en varias noticias, entre las que destacamos la de 5 de noviembre de 2009 en “El Economista”, donde se hacía referencia a que el año 2008, la AP comenzó a intervenir de forma sucesiva, lo que según el Fiscal jefe venía a suponer que se pretendía con esto “llamar la atención de los padres y de la familia” del niño “poniéndoles de relieve que el chico tenía un problema y que había que intentar atajarlo”. Según el Fiscal jefe la “inactividad de los padres” del niño motivó que la situación del menor fuese “agravándose” puesto que la Xunta de Galicia detectó que “no se iba a mejorar”. En base a este argumento, la Administración decide asumir la custodia del pequeño “el tiempo necesario” para poder “evaluar bien el problema y darle la solución”. Decía el Fiscal que no se quiere “extirpar” a un menor de su familia, sino “ayudar a un joven” y, para ello, “no se está quitando a nadie la patria potestad”, sino que lo que se quiere es valorar al niño, y ayudarle si necesita alguna intervención que los padres no puedan hacer”. A nuestro modo de ver, como hemos tenido ocasión de subrayar, el desamparo, no “priva de la patria potestad”, pero sí la suspende; entendemos que la privación se tornaría, en este caso, desproporcionada. ECODIARIO. ELECONOMISTA (2009). *La Fiscalía interpone una querrela criminal contra los padres del niño obeso por desobediencia y sustracción de menores* <<https://ecodiario.economista.es/legislacion/noticias/1670529/11/09/La-Fiscalia-interpone-una-querrela-criminal-contra-los-padres-del-nino-obeso-por-desobediencia-y-sustraccion-de-menores.html>>

SILLEIRO⁴⁷, “la obesidad *per se* no es causa suficiente para la declaración de desamparo, si bien en los supuestos en que dicha afección lleve asociados distintos problemas que afecten directamente a la salud integral del menor, la intervención de las AAPP puede resultar necesaria, incluso declarando el desamparo del menor”.

Por otro lado, encontramos el Auto de la Audiencia Provincial (en adelante AAP) de Toledo de 10 de octubre de 2006 (AC 2006, 1835), en cuyo FJ 2º entiende que la pobreza en sí misma, las desavenencias conyugales, la poca capacidad para gestionar los ingresos y la supuesta minusvalía psíquica no grave de uno de los progenitores no implican desatención del menor.

Sobre lo expuesto hasta el momento, es interesante la apreciación de BENAVENTE MOREDA⁴⁸, quien considera que “el debate de fondo puede encontrarse, en cierto modo, en la diferencia de costes que para el Estado 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, aunque se acompañe la medida de acogimiento de posibles ayudas económicas a la familia de acogida, el problema se traslada a dichas familias y deja de ser un problema de todos. Resulta, por tanto, lógico que esas intervenciones para apoyar a las familias con riesgo de exclusión deben suponer una mayor inversión en capital humano y tiempo por parte de la AP, mientras la declaración de desamparo se revela como una solución, útil, rápida e inmediata al problema de un menor en riesgo de desatención.

Es necesario precisar que para que pueda ser declarado el desamparo a los efectos del art. 172.1 del CC y tenga como consecuencia la asunción de la tutela por la AP, dicha situación fáctica ha de ser conocida y declarada legalmente por la AP⁴⁹. De este modo, cuando la AP a la que se le encomiende la protección de los menores en un territorio concreto, constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene la obligación de adoptar la tutela del mismo, además de las medidas de protección necesarias para su guarda⁵⁰.

⁴⁷ PAINCEIRAS SILLEIRO, S. (2014). “Intervención pública en los supuestos de desamparo de menores: Análisis prácticos sobre salud y obesidad”, en *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, pág. 807.

⁴⁸ BENAVENTE MOREDA, P. (2011), “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, op cit., pág 19, nota al pie núm. 5.

⁴⁹ PÉREZ MARTÍN, A. (1995). *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid: Lex Nova, pág. 167.

⁵⁰ *Memento práctico Familia (Civil)*. (2018). Francis Lefebvre Colección Mementos, pág. 219.

5.2. Aspectos relevantes sobre el procedimiento administrativo para la declaración de desamparo

Como sabemos, es la AP la encargada de adoptar las medidas convenientes para la protección del menor, una vez ha realizado un correcto seguimiento y estudio de las circunstancias en las que se encuentra el mismo siguiendo para ello el procedimiento administrativo correspondiente.

Considera GONZÁLEZ PILLADO⁵¹ que el procedimiento a seguir por la AP para la declaración del desamparo y la consiguiente constitución de tutela habrá de acomodarse a las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de que se trate; sin embargo, con carácter general, el procedimiento a seguir se ajustará a la previsión general contenida en la LOPJM.

La iniciación de este procedimiento puede llevarse a cabo de oficio o a instancia de parte. Por un lado, las AAPP tienen la obligación de prestar inmediata atención a cualquier menor que la precise y de actuar si le corresponde, y si no, dando traslado al órgano competente⁵². Por otro lado, cualquier persona o autoridad que detecte una situación de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a las autoridades, sin perjuicio de prestarle la atención que necesite (Art. 13 de la LOPJM). Hay que tener en cuenta que además el propio menor puede solicitar la protección de la AP competente⁵³.

La actuación que lleve a cabo la AP debe realizarse evitando toda interrupción en la vida del menor⁵⁴, procurando siempre la colaboración de este y de su familia⁵⁵.

Durante la tramitación del procedimiento, la AP competente deberá realizar toda actividad que considere conveniente para comprobar la situación denunciada cuando el procedimiento sea iniciado a instancia de parte; durante el transcurso de este procedimiento deberá oírse necesariamente al menor, en caso de ser mayor de 12 años, o si es menor de 12 años, si tiene la suficiente madurez, ya que se va a adoptar una decisión que afecta a su vida personal y

⁵¹ GONZÁLEZ PILLADO, E. (2008). "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", en *Indret*, núm. 2, pág. 6 <http://www.indret.com/pdf/532_es.pdf>

⁵² Art. 14 de la LOPJM: Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

⁵³ El menor puede llevar a cabo un conjunto de acciones para defender sus derechos, consultar art. 10.2.a de la LOPJM,

⁵⁴ Art. 13.3 de la LOPJM: Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva. En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

⁵⁵ Art. 15 de la LOPJM: En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

familiar. Durante el proceso se tendrá que tener en cuenta el desarrollo y evolución del menor, permitiéndole que declare por sí mismo o por medio de la persona por él escogida (consultar art. 9 de la LOPJM). Además, deberán ser oídos los padres, guardadores y demás personas interesadas (aquellas que convivan con el menor). A todos ellos se les permitirá realizar alegaciones y proponer pruebas para la defensa de sus derechos.

Una vez han sido superados los trámites anteriores, si procede la AP dictará resolución escrita en la que será declarada la correspondiente situación de desamparo con la consiguiente asunción de tutela y la adopción de las medidas de protección por el tiempo necesario para alcanzar los fines legalmente tutelados.

No obstante lo expuesto anteriormente, hay que tener en cuenta que, a pesar de ser una AP la que asume la protección del menor, dictando decisiones de naturaleza pública, tales facultades no derivan de la legislación administrativa sino del CC (el derecho privado). Por ello, es obligatorio remitir al orden jurisdiccional civil toda cuestión relativa a la impugnación de tales decisiones administrativas⁵⁶. Con lo anterior podemos concluir que en materia de protección de menores los órganos jurisdiccionales civiles llevan a cabo una función revisora de la actuación previa que lleva a cabo la AP.

5.3. Efectos de la declaración de desamparo

Antes de proceder al análisis de los efectos de la declaración de desamparo, podemos anticipar que tales efectos provocan la quiebra del principio de permanencia del menor en su familia de origen.

El principal efecto derivado de la resolución de desamparo es de orden público, ya que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la AP de manera automática la tutela del menor. También observamos este efecto cuando la AP protege a los menores privados de asistencia material y moral para proporcionarles las condiciones básicas para su desarrollo, además de garantizarles sus derechos.

Por otro lado, la atribución de la tutela del menor desamparado a la AP produce, también de manera automática, efectos de naturaleza civil: la suspensión de la patria potestad o de la tutela civil. A partir de este momento, la AP resulta responsable de la guarda del menor y, por tanto, es titular de los deberes y facultades inherentes a la misma. De este modo, una vez la AP tiene atribuida la tutela del menor, queda legitimada para adoptar en interés del mismo las medidas de protección que más se ajusten a la situación del niño. Por tanto,

⁵⁶ El punto 6 de la disposición final quinta de la LOPJM establece que: "Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa". Esta disposición indica la nueva redacción del art. 172 del CC, sin embargo, hay que tener en cuenta las posteriores modificaciones que ha sufrido este artículo.

la tutela sería el título jurídico que permite a la AP intervenir, como órgano de poder público, en un ámbito privado, desplazando el principio de permanencia en la familia natural y el derecho a la vida familiar del menor, con el fin de adoptar las medidas correspondientes de protección del menor en situación de desamparo.

En muchos casos, la declaración de desamparo supone una medida cautelar, ya que antes de iniciarse el procedimiento, permite la intervención de la AP con el fin de que esta disponga de la habilitación pertinente para adoptar las medidas que aseguren y protejan al menor en situación de desamparo (aun no declarada) y le otorguen la asistencia y protección que necesite. En todo caso, en el momento en que se conozca una situación de peligro para el menor, se le deberá prestar de inmediato el auxilio que precise.

El legislador arbitra como medida cautelar la declaración provisional de desamparo y la atribución de la tutela a la AP, para posibilitar que esta intervenga en el entorno familiar del menor, incidiendo en su vida familiar. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que las medidas de protección que la AP puede adoptar podrían implicar la separación del menor de su familia de origen.

La tutela del menor que obtiene la AP la hace responsable de la guarda del mismo. No obstante, la propia AP no ejerce por sí misma la guarda, sino que, si se establece como medida de protección el acogimiento familiar o residencial, delega el ejercicio de tales obligaciones legales en la familia o residencia de acogida. En todo caso, la AP sigue manteniendo la titularidad de la tutela del menor, asumiendo el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia, control y colaboración en relación con las personas que ejerzan la guarda y tutela del menor en su nombre.

Por su parte, los Tribunales han declarado que, si está vigente una resolución administrativa de desamparo y con ella la adopción de medidas de protección, no contradicha judicialmente o en curso del correspondiente proceso de oposición, los Juzgados y Tribunales no pueden adoptar ningún tipo de pronunciamiento sobre la guarda y custodia en situaciones de crisis familiar. Si lo hubieran adoptado por falta de conocimiento, su decisión debe ser inoponible frente a la AP y los acogedores del menor. En consecuencia, mientras esté en vigor la tutela administrativa, quedan sin efecto las medidas judiciales que se adopten en el marco de un proceso judicial relativas a la patria potestad, guarda y custodia⁵⁷.

En el ejercicio de la tutela del menor en situación de desamparo, la AP actúa, como sabemos, en una posición de poder público, gozando por tanto de una serie de prerrogativas. Sin embargo, gran parte de la doctrina civil⁵⁸ califica

⁵⁷ Así se desprende de la SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 65238) y las citadas por esta.

⁵⁸ Sirva citar como ejemplo a autores como: BENITO ALONSO, F. (1996). "Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, págs. 1727-1749;

la tutela administrativa como institución civil, por haber sido regulada por el legislador estatal en el CC. La realidad es que los únicos efectos civiles que derivan de la resolución administrativa de desamparo son la suspensión de la patria potestad o la tutela civil.

Los efectos civiles que derivan de la atribución de la tutela a la AP y la incidencia de esta institución jurídico-pública en las relaciones familiares, explican que el orden jurisdiccional civil mantenga la competencia para conocer los recursos interpuestos frente a las resoluciones administrativas que declaran al menor desamparado y las resoluciones adoptadas en el marco de la tutela. Los recursos frente a este tipo de resoluciones están previstos en garantía de las potestades de los padres o tutores del menor.

La principal consecuencia de la declaración de desamparo es la suspensión de la patria potestad. Desde una perspectiva formal, la suspensión de la patria potestad no es objeto de regulación en el marco normativo actual. Pero bien es cierto que en el CC encontramos referencias a la suspensión de la patria potestad. Concretamente, en el art. 94 del CC se prevé que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Sin embargo, se contempla la posibilidad de que el juez limite o suspenda este derecho si tienen lugar graves circunstancias o se incumplan los deberes impuestos por una resolución judicial. De igual manera, en el art. 161 del CC se prevé que la Entidad Pública correspondiente regule las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, atendiendo a las circunstancias concretas del menor.

Es bien sabido que la patria potestad presenta un doble contenido, uno de carácter personal y uno patrimonial. Así podemos deducirlo del art. 154 del CC, al señalar que la patria potestad obliga a los progenitores del menor a velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes. En cuanto al alcance de la suspensión administrativa de la patria potestad cuando tiene lugar la declaración de desamparo, resulta decisivo lo dispuesto en el art. 172.1 del CC: “La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste”.

BO JANÉ, M., y CABALLERO RIVERA, M. (1996). “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, págs. 1485-1498; SERRANO CHAMORRO, M. E. (1996). “Estudio general del derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, págs. 1752-1754; entre otros.

Siguiendo a LÓPEZ SUÁREZ⁵⁹, “a primera vista, la suspensión de la patria potestad que surge como consecuencia de la tutela *ex lege* incide con carácter general tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. Y cabría entender también que, por medio del inciso final de este precepto, se está introduciendo una excepción a la regla general, al considerar que los titulares de la misma podrán llevar a cabo actuaciones de carácter patrimonial en representación del menor siempre y cuando fuesen beneficiosas para él”.

Podríamos afirmar que el CC contempla un contenido mínimo de la tutela administrativa, de tal modo que, a pesar de producirse la suspensión de la patria potestad, las obligaciones patrimoniales siguen estando en manos de los titulares originales de la patria potestad, siempre y cuando los actos que se realicen beneficien a los menores; en caso contrario, la AP asumiría las funciones correspondientes.

Sin embargo, LÓPEZ SUÁREZ concluye que es otra la solución. En cuanto al contenido patrimonial de la patria potestad, este autor compara el tratamiento que se realiza en Andalucía y en Navarra. En el caso de Andalucía, el art. 34.4 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de la Conserjería de asuntos sociales, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, dispone que en el caso de que los menores tutelados tuvieran bienes, se procederá a la elaboración de un inventario, y se promoverá el nombramiento judicial de un tutor de tales bienes cuando resultare conveniente por la naturaleza o el volumen de estos. Sin embargo, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de infancia y adolescencia de Navarra, en su art. 65.3, establece que la constitución de la tutela administrativa conlleva la atribución al órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral de las funciones de contenido personal, de representación legal y de administración patrimonial sobre el menor establecidas en la legislación civil.

Dicho autor pone en relación la tutela *ex lege* y la suspensión de la patria potestad con la normativa que regula el acogimiento familiar, concretamente el art. 172 ter.1 del CC, por el que se dispone que la guarda que asume la AP se realizará mediante acogimiento familiar o residencial. Esto incide en los aspectos personales y patrimoniales de la patria potestad. En el momento en que se constituye el acogimiento familiar permanente, la AP tutelante solicita al Juez que habilite a los acogedores para el ejercicio de las facultades de la tutela, de forma que se facilite el desempeño de sus responsabilidades. Así evidente que el contenido de dichas facultades debe referirse también a la representación y administración del patrimonio del menor y que tales facultades no se ejercen directamente por la AP que promueve el acogimiento del menor.

⁵⁹ LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2009). “Consideraciones sobre la suspensión “administrativa” de la patria potestad”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*. Madrid: Cívitas, págs. 543 a 560.

Por contra, LÓPEZ SUÁREZ concluye que el contenido de la suspensión a los padres de la patria potestad del menor, afecta únicamente a los aspectos personales, quedando fuera todo lo relacionado con el patrimonio del menor⁶⁰.

Otra cuestión interesante que plantear es si una vez se suspende la patria potestad, también se suspende la obligación de alimentos impuesta a los padres para con sus hijos. Sobre este tema se pronunció el AAP de Vizcaya de 22 de enero de 1998 (AC 1998, 4205), relativo a un caso en el que a la Diputación Foral de Vizcaya le correspondía la tutela de dos menores en situación de desamparo, esta ejerció acción contra el progenitor reclamándole una cantidad en concepto de pensión alimenticia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, basándose en la mayoría de edad de uno de los hijos de la persona demandada y en los medios económicos de la entidad reclamante. El AAP, en su FJ 2º, consideró que “al efecto de la exigibilidad y cuantificación de la obligación alimenticia impuesta por la Ley a los padres para con los hijos, son indiferentes los medios económicos de los que pudiera disponer el tutor puesto que este formula la reclamación en su condición de representante legal del menor (art. 267 CC) y en cumplimiento de su obligación legal de procurarle alimentos (art. 269.1), siendo igualmente irrelevante, para la exigibilidad de la obligación alimenticia de los padres para con los hijos la circunstancia de haber sido suspendida la patria potestad, pues dicha obligación subsiste en todo caso (arts. 39 CE y 142 CC). Como se puede observar, se estima parcialmente el recurso, y termina reconociendo a la Diputación Foral de Navarra el derecho a reclamar el cobro de las mensualidades ya vencidas desde la fecha en que se interpuso la demanda, hasta que el otro hijo menor alcance la mayoría de edad”.

Por consiguiente, la declaración de desamparo conlleva una serie de efectos que consisten en que la AP asuma de forma automática o por mandato de la Ley, la tutela del menor. Como consecuencia, se retira a los padres la función de guarda y se suspende la patria potestad. En este caso, la tutela del menor pasa a manos de la AP, y es esta quien ejerce la guarda y custodia mediante la institución del acogimiento en sus distintas modalidades. Por otro lado, no se suspende la obligación alimenticia de los progenitores hacia sus hijos menores.

Al mismo tiempo se establece un régimen de relaciones entre los menores y sus familiares, siempre y cuando no perjudique a los menores, cuestión que a continuación abordaremos.

5.4.El régimen de las relaciones personales tras la declaración de desamparo

Acorde con lo dispuesto en el art. 9.3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989, los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de

⁶⁰ LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2009). Op. cit., págs. 545, 549 y 552 a 555.

sus padres a mantener relaciones y contacto directo con estos de modo regular, siempre y cuando no sea contrario al interés del menor.

Cuando se dicta la resolución de desamparo se debe establecer un régimen de relaciones personales con la familia de origen. Como hemos mencionado anteriormente, cuando se declara el desamparo del menor y con ello se suspende la patria potestad de los padres, atribuyéndose la tutela del menor la propia AP, se produce una inaplicación del principio de permanencia del menor en la familia de origen. Al establecer el régimen de relaciones personales del menor con la familia de origen se pretende respetar en cierta manera este principio, pero protegiendo la integridad física y psicológica del menor.

El art. 172 ter.2 del CC regula la situación del menor en relación con su familia de origen, en cuanto al régimen de visitas y otras formas de comunicación. No obstante, siempre que se establezca el régimen de visitas debe procurarse que no sea perjudicial para el menor y fomentar unas visitas supervisadas por la AP. Este régimen de visitas, deberá constar en la resolución de desamparo o en un documento adjunto. Así lo entiende la Circular 8/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de protección de menores en su apartado VI, que dispone que: un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que desde el primer momento en que la Entidad pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte.

En la citada Circular, la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) establece que los padres son los titulares del *ius visitandi*, aunque no posean la patria potestad del menor, siempre que conserven su titularidad, como pasa en los casos de imposibilidad o incapacidad o cuando el hijo mantiene su convivencia con uno de los progenitores (art. 156 del CC). No es el caso cuando se declara la privación total por sentencia judicial firme, excluyendo no solo el ejercicio sino también la titularidad, mientras no proceda su recuperación por sentencia judicial. Por otro lado, el art. 172.2 ter dispone que se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia (...). De este modo, se pretende respetar todo lo posible el principio objeto de estudio, evitando el desarraigo y estableciendo siempre que sea posible, un régimen de visitas.

En dicha Circular se completa el marco legal aplicable a las relaciones personales entre el menor y su familia de origen con lo establecido en los arts. 160 y 161 del CC. El art. 160 dispone: los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. Además, las relaciones personales del menor con sus abuelos o demás parientes no podrán impedirse sin causa justificada. Por otro lado, el art. 161 del CC establece que la Entidad Pública (...) regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores,

abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo (...). Sin embargo, la FGE en la ya citada Circular, reconoce la ambigüedad del art. 161 del CC, al entender que la competencia para suspender y regular las visitas radica en la autoridad judicial.

La FGE, según la citada Circular señala que es necesario habilitar a la AP correspondiente para que regule las visitas y las relaciones del menor con su familia biológica, con el fin de garantizar la protección del menor. Esto debe ajustarse a las previsiones establecidas en el art. 161 del CC. Así junto a la competencia que ostentan los tribunales para fijar el régimen de visitas, concurre la habilitación de la AP para que fije el régimen de visitas o lo suspenda hasta que tenga lugar una resolución judicial que fije otra cosa distinta.

Pese a lo dispuesto en el art. 161 del CC, la FGE apunta también los argumentos que existen para reconocer la competencia de la AP. La Entidad Pública tiene la obligación de velar por la seguridad del menor y por estar facultada para decidir sobre la patria potestad, con más motivo debe tener la opción de determinar el régimen de visitas. Según la FGE, el citado artículo del CC autoriza a los tribunales a regular o suspender el régimen de visitas, pero no mantienen esta competencia de manera exclusiva; por ello, debe considerarse la posibilidad de la AP para decidir sobre el régimen de visitas sin perjudicar el control judicial de la resolución administrativa cuando los interesados se opongan a esta y sin perjuicio de la supervisión del Ministerio Fiscal. Esta interpretación cuenta con el apoyo de la LEC, concretamente del Libro IV, título I, Capítulo V: la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción y a la oposición a determinadas resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil. Así, el párrafo primero del art. 779 de la LEC fija el ámbito y la preferencia de los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. El legislador somete al régimen jurídico de dicho capítulo de la LEC las decisiones que la AP adopte sobre el régimen de visitas de los padres biológicos de los menores.

La misma conclusión extrae el FGE en la Circular⁶¹ respecto del art. 174.2 del CC⁶², cuando establece ampliamente los extremos que debe conocer el Ministerio Fiscal en relación con sus funciones de vigilante superior de las actuaciones protectoras del menor.

Serán los padres perjudicados por la decisión administrativa que deniega la petición de modificación del régimen de visitas o que la reduce o suprime,

⁶¹ Recordemos, la circular que se menciona durante todo el capítulo es la Circular 8/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de protección de menores

⁶² Art. 174.2 CC: A tal fin, la Entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

quienes la impugnen ante los tribunales civiles. Por otro lado, habrá de tenerse en cuenta la legitimación de abuelos o demás familiares que soliciten a la AP el reconocimiento del derecho de visitas y la posibilidad de formular oposición ante la denegación de la AP.

En cuanto a las resoluciones del régimen de visitas por la AP, serán aplicable los plazos previstos por el art. 780.1 de la LEC, según el cual: “No será necesaria reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación”. Por otro lado, hay que tener en cuenta el plazo de dos años que el art. 172.2 del CC establece cuando se produzca la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, a los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1 del mismo artículo 172 del CC, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, para solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela (cuestión que también contempla la Circular de la que venimos hablando hasta el momento).

5.5. El cese de la situación de desamparo y el derecho del menor a su reinserción en la familia de origen

Como sabemos, el desamparo se declara en base a una situación fáctica previa y por ello es lógico no mantener al menor bajo la tutela administrativa una vez desaparece la situación inicial.

Al cesar la situación de desamparo, tiene lugar la extinción de la tutela *ex lege*, en este punto, el menor tiene derecho a crecer y a ser educado por su familia de origen. Siendo para el menor un derecho fundamental que permite declarar la ilegitimidad de cualquier procedimiento judicial o administrativo que pretenda privar al menor de su propia familia. Es evidente, por otro lado, que los padres del menor también tienen derecho al mismo trámite.

Para DÍEZ GARCÍA⁶³, el eventual derecho de los padres se configura como un principio general que informa toda norma protectora, el cual sólo debe ceder en atención a un principio superior, como es el del menor, pero sólo en la medida que ello asegure su bienestar. Por ello, sólo cabría acordar la separación del niño de su familia de origen en supuestos excepcionales, cuando su permanencia en ella le sea perjudicial.

⁶³ DÍEZ GARCÍA, H. (1999). “Desamparo de menores y acogimiento”, en *Aranzadi Civil Mercantil*, págs. 1783 y 1784.

La tutela del menor a cargo de la AP se constituye en virtud de una acusación justificada, consecuente con la declaración de desamparo por parte de la AP y sin necesidad de intervención judicial. Sin embargo, una de las notas que caracterizan la tutela *ex lege* es la brevedad. Esta brevedad surge como consecuencia del principio de permanencia del menor en su familia de origen, principio que debe respetar la AP y organizar su actividad respecto a este, ya que sólo se mantendrá en la medida que exista la causa que motivó el desamparo y se extinguirá cuando la AP competente promueva la constitución de la tutela ordinaria⁶⁴.

De lo anterior podemos deducir que el desamparo tiene carácter transitorio. Las posibilidades, por tanto, que se presentan para poner fin a la situación de desamparo, exceptuando la mayoría de edad, serían: la reinserción del menor en su familia natural o el inicio de un procedimiento administrativo para que tenga lugar la adopción del menor.

El art. 172 ter del CC establece en relación con las medidas de protección en favor de los menores desamparados, que “se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia”. El principio de permanencia del menor en su familia de origen aparece recogido en el art. 172 ter del CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, proclamado en el art. 9 de la Convención de Naciones Unidas de 1989. Además, fue reconocido y relacionado con los derechos de los progenitores por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia (RTC 1993, 298) de 18 de octubre, siempre que se acredite suficientemente la capacidad de los progenitores de satisfacer las necesidades del menor.

Declarar el desamparo del menor implica que la AP preste de forma inmediata al menor la asistencia que este necesite. Pero, como hemos podido analizar, inicialmente se trata de una medida transitoria, cuyo objetivo principal es conseguir la normalización de la situación familiar. Cualquier menor tiene derecho a crecer en su familia natural, por tanto, cuando se superen las circunstancias que dieron lugar a la intervención administrativa, el menor debería retornar a su núcleo familiar habitual.

En este sentido, ZAMORA SEGOVIA⁶⁵ se hace eco del contenido de la STS de 21 de febrero de 2011: “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 necesario que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber

⁶⁴ Sobre esta materia consúltese el *Memento práctico Familia (Civil)*. (2018). Francis Lefebvre Colección Mementos, pág. 221.

⁶⁵ ZAMORA SEGOVIA, M.L (2011). “Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen”, en *Observatorio de la Infancia en Andalucía (OIA)*, pág. 25 < www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394>

determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor⁶⁶”.

En este caso, el Tribunal Supremo (TS) concluye con la entrega del menor al padre biológico, pero la entrega se produce bajo la condición de que la Consejería lleve un seguimiento del caso. Por tanto, podemos decir que la resolución del tribunal respeta tanto el principio de protección del menor como el principio de permanencia del menor en su familia de origen por los siguientes motivos: primero, se permite que el padre ostente la guarda y la custodia del niño, excluyendo a la madre biológica por poseer unas condiciones personales que la convierten en inhábil para dedicarse a la educación del menor; segundo, la vida del padre se considera apta y adaptada a la situación del menor; tercero, el art. 172 ter del CC considera incluido en el interés del menor, la reinserción en su familia de origen; y por último pero no menos importante, la guarda y la custodia que se otorga al padre, no se realiza de manera incondicionada, sino que el padre se debe someter a los controles de la AP encargada de la protección del menor.

Hay que tener en cuenta que la redacción del art. 172 del CC ha experimentado diversas modificaciones, la última de ellas, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, además de la alteración del contenido que le otorga la LOPJM. Mediante esta ley, además se introduce en el CC el nuevo art. 172 ter, trasladando parte del propio art. 172 al 172 bis y 172 ter. En su primera redacción se daba prioridad a reinsertar al menor en su familia biológica, siempre que ello redundase en interés del menor (antes encontrábamos la siguiente redacción: “se procurará la reinserción del menor en la propia familia”). La actual redacción trata de buscar 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”. En la modificación que se ha llevado a cabo en el CC, queda como prevalente, en cualquier tipo de situación que conduzca a la reintegración del menor en su familia de origen, el interés del menor y no el de nadie más. En conclusión, en este caso entran en juego dos principios, sin embargo, uno tiene preponderancia sobre el otro: primero, se trata de buscar el interés del menor y después se procura la reinserción del menor en su familia de origen, siempre y cuando no sea contrario a su interés.

⁶⁶ En esta STS (RJ 2011,2362) se recoge, en aras del principio de permanencia del menor en su familia de origen, el reconocimiento de la guarda y custodia del menor al padre biológico ya rehabilitado, pero supervisando y controlando su vida familiar por la AP, tratando de proteger todo lo posible al menor.

6. EL ACOGIMIENTO

6.1. Principales notas características del acogimiento

El acogimiento es una medida para lograr la protección de los menores desamparados o que corren el riesgo de serlo. Podríamos decir que el acogimiento es una forma de protección que consiste en amparar al menor que lo precisa, ya sea en el hogar de una familia distinta a su familia natural, ya sea en un establecimiento destinado a este fin, de manera temporal y revocable, pudiendo llegar a convertirse en una situación definitiva e irrevocable (lo que conocemos como adopción).

A la hora de acordar un acogimiento pueden aplicarse diversos criterios de actuación respecto al menor. El más importante, la búsqueda del interés del menor (art. 172 ter.2 del CC⁶⁷), además de procurar la reinserción del menor en su familia de origen y que se evite la separación de hermanos. Otro importante criterio es la remoción del acogimiento familiar cuando existan problemas en la convivencia (art. 173.3 del CC⁶⁸).

Sabiendo lo anterior, podemos definir el acogimiento como una institución de Derecho civil, de contenido personal, creada para proteger a los menores que han sido privados de su vida familiar, mediante la intervención administrativa, teniendo como finalidad la integración provisional del menor en otro núcleo familiar o en un centro residencial, otorgándole a las personas que acogen al menor, las obligaciones de compañía, alimentos, educación y formación integral. El conjunto de deberes y obligaciones que tiene que cumplir la persona que lo acoge son las enumeradas en el art. 173.1 del CC⁶⁹.

En primer lugar, la constitución del acogimiento se origina por la entrega voluntaria de la guarda del menor por los padres. Tal y como establece el art. 172 bis.1: “Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo

⁶⁷ Art. 172 ter.2 del CC: Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

⁶⁸ Art. 173.3 del CC: Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar, aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda.

⁶⁹ Art. 173.1 del CC: El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.

necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo” tal y como establece el art. 172 bis del CC. Es el propio art. 172 ter del CC, el que nos indica que: “La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial (...)”.

Podemos deducir que es la propia incapacidad de los padres biológicos del menor la que origina la cesión temporal de la guarda y con ella el acogimiento del mismo. Desde ese momento la guarda del menor quedará en manos de la AP.

Otra causa que genera la necesidad del acogimiento, es cuando se constate o declare la situación de desamparo del menor y con ella asume la AP la tutela y guarda del menor. La AP asume la tutela y la guarda, la cual se llevará a efecto mediante el acogimiento familiar o residencial, según ordena el art. 172 ter. 1 del CC. Cuando el menor es dado en acogimiento, la titularidad de la tutela *ex lege* la ostenta la AP y el acogedor del menor asume un conjunto de obligaciones hacia el menor que ha de cumplir, sin embargo, no tiene potestades de orden patrimonial (art. 173.1 del CC).

Y, por último, la tercera causa que origina el acogimiento tiene lugar cuando lo acuerda el Juez, cuando proceda legalmente, al asumir la AP la guarda (art. 172 bis.2). Como ya se ha apuntado, hay dos modalidades de acogimiento, el acogimiento familiar y el residencial. A su vez el CC, en su art. 173 bis.2⁷⁰, enumera distintas modalidades del acogimiento familiar, que son: el acogimiento familiar de urgencia, el acogimiento familiar temporal y el acogimiento familiar permanente. Algo muy importante es la preferencia, en estos casos, del

⁷⁰ Art. 173 bis.2: El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.

acogimiento familiar frente al carácter supletorio del acogimiento residencial, que solo tendrá lugar cuando sea conveniente para el interés del menor (consúltese el ya referido art. 172 ter.1 del CC).

Al respecto, en la jurisprudencia, podemos traer a colación el AAP de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997, 903), en el que se declara la situación fáctica de desamparo del menor por la incapacidad de los padres para hacerse cargo del menor, al padecer oligofrenia la madre y trastorno psicótico el padre. Se acuerda judicialmente el acogimiento familiar del menor frente al acogimiento residencial, que era el que preferían los padres, declarando el Tribunal: “Se revela como la fórmula óptima (...) para dotar al menor de una mínima estabilidad en situación obviamente mucho más favorable que su estancia en una residencia (como los padres pretendían) (...) no ya desde el punto de vista de las comodidades materiales sino de satisfacción de sus necesidades afectivas, siendo por demás evidente que en el presente caso el interés del menor impone el sacrificio del principio de integración en la familia biológica”.

No obstante, el carácter preferente del acogimiento familiar no implica que sea la medida más conveniente en todos los casos. La AP deberá escoger la medida más conveniente en función de las necesidades y circunstancias personales y familiares del menor. Cada niño tiene necesidades diferentes, por lo que las posibles medidas de protección deben ser diversas.

En cualquier caso, la AP debe colaborar con la familia acogedora del menor y la familia acogedora deberá cooperar con la AP en el cumplimiento y desarrollo del plan de actuación y la buena marcha del régimen de visitas establecido con la familia de origen.

Asimismo como establece la Audiencia Provincial en el Auto de 23 de mayo de 2002 (AC 2002, 1351), el acogimiento no es más que “la incorporación del menor a una familia sin pasar a ser miembro de ella jurídicamente (como ocurre con la adopción), ni dejar de serlo de la propia, pero sí integrándose de forma plena en la vida de aquella como un miembro suyo más, debiendo quien lo acoge velar por él, tenerlo en su compañía, educarle y procurar al acogido una formación integral”.

6.2. Modalidades de acogimiento: el acogimiento familiar y el acogimiento residencial

Claramente, el legislador en nuestro régimen normativo ha considerado como solución más favorable la permanencia del menor en un ambiente familiar. Pero es evidente que tanto el acogimiento familiar como el residencial comparten la misma función y naturaleza, ya que son medios por los que se ejerce la guarda de los menores que asume la AP a petición de los padres biológicos del menor o bien por resolución judicial o administrativa.

En cuanto a la institución del acogimiento familiar, siguiendo a ROSSER LIMIÑANA⁷¹: “Se enmarcan dentro de las medidas de protección a la infancia que se vienen desarrollando tanto a nivel internacional como nacional cuando se detectan casos de problemática socio-familiar y en los que se plantea la conveniencia de que el niño sea acogido por una determinada familia de forma transitoria o permanente, dado que su familia no puede o no quiere hacerse cargo de las obligaciones que conlleva ser padres”. La familia de acogida se encarga de la dirección de la vida del menor, pero en todo caso deben comprometerse a colaborar con las directrices establecidas por la AP. Es por tanto una institución sometida al control de la AP encargada de la protección y la guarda de los menores que somete a la familia de acogida a las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo, tal y como establece el art. 173.1 del CC.

A pesar de que consideramos que, en la medida de lo posible, lo ideal sería mantener al menor en su familia natural, sin embargo, en caso de que fuera necesario instaurar la medida del acogimiento estimaremos sensata la posición del CC de aplicar el acogimiento familiar como medida preferente ya que permite integrar al menor en una nueva familia que sustituye por un periodo de tiempo a la familia biológica de aquel. A su vez, el acogimiento familiar puede presentar varias submodalidades.

La primera modalidad del acogimiento familiar es el acogimiento familiar de urgencia (art. 173 bis.2.a) del CC), “principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda”. Se trata de una medida de protección temporal, mientras se espera la solución más favorable para el menor. Concorre en esta modalidad una nota de relatividad, pues el citado precepto no determina la medida de protección familiar que será en su caso acordada tras la finalización de los 6 meses, por lo que queda en manos de la AP competente, mediante el análisis de la situación y las circunstancias del menor.

La siguiente modalidad, es el acogimiento familiar temporal. Según el art. 173 bis.2.b) del CC: “Tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva”. Se trata de una medida provisional pero relativamente duradera, cuya duración máxima no podrá exceder los 2 años, mientras se trata de buscar una solución más estable para

⁷¹ ROSSER LIMIÑANA, A. (1998). *Marco legislativo del acogimiento familia*. Alicante: Universidad de Alicante, pág. 259.

el menor. De nuevo, la situación del menor queda en manos de la AP, a expensas de decidir una medida más favorable y estable para el menor.

Y por último, el acogimiento familiar permanente, previsto en el art. 173 bis.2c) del CC: “Se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor”. Es la modalidad de acogimiento familiar más estable y duradera. Suele estar ligada a la imposibilidad de constituir la adopción y puede tener lugar incluso la atribución judicial a los acogedores de la representación legal del menor previa petición de la AP.

Evidentemente, todas las modalidades de acogimiento familiar exigen, en primer lugar, la actuación de los equipos técnicos a la hora de determinar la situación del menor; y, en segundo lugar, la honradez de la AP para no ceder a la presión de las familias que esperan adoptar a un menor.

Por otro lado, en cuanto al acogimiento residencial, como expone DELGADO MAGRO⁷²: “es una medida de protección que adopta la entidad pública competente como forma de ejercicio de guarda de un menor. Se trata de una medida cuya finalidad es ofrecer una atención integral en un entorno residencial a niños, niñas y adolescentes cuyas necesidades materiales, afectivas y educativas ni pueden ser cubiertas, al menos temporalmente, en su propia familia”. El art. 172 ter.1 del CC hace una referencia al carácter supletorio del mismo ya que nuestro ordenamiento jurídico sobre protección de menores respalda que el menor se encuentre preferentemente en un ambiente familiar, logrando la plena integración del menor en el núcleo de la familia de acogida.

Como hemos venido diciendo, el acogimiento residencial tiene carácter subsidiario, y es una medida que sólo tiene lugar cuando se agotan todas las posibilidades de mantener al menor en su familia biológica y no es posible un acogimiento familiar que lo beneficie. Es una medida que se mantendrá durante el tiempo estrictamente necesario, ya que se promoverá la integración del menor en su entorno social originario, así como en el sistema educativo y sanitario, teniendo presente que los menores que se encuentran en una situación de acogida son objeto de un tratamiento educativo individualizado que atienda sus circunstancias personales y familiares concretas, creando un proyecto adaptado a cada menor.

Los centros deberán estar autorizados y acreditados por la AP, la cual prestará atención especial a la seguridad, sanidad y cualificación profesional de su personal, a su proyecto educativo, a la integración del menor y a las demás

⁷² DELGADO MAGRO, L. (2012). *Infancia y adolescencia en acogimiento residencial. Conductas exteriorizadas-interiorizadas y evaluación del apego*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, pág. 1.

circunstancias que contribuyan a asegurar los derechos de niño. Además, la AP se encargará de la inspección y supervisión de estos centros⁷³.

En relación con la gestión del ingreso del menor en residencia, todo ingreso en un centro será notificado por escrito, de manera inmediata a los progenitores no privados de la patria potestad, las personas que ejerzan la tutela o la guarda y al Ministerio Fiscal (art. 22 de la LOPJM⁷⁴).

Excepcionalmente, en casos de urgencia en que no sea posible acudir a la autoridad administrativa o judicial para comunicar la situación en la que se encuentra el menor, el ingreso del menor de edad será llevado a cabo, comunicando posteriormente la incidencia al órgano competente, con el fin de que estudie la situación del mismo y se resuelva de la manera que más beneficie al niño.

6.3. La idoneidad de los acogedores

El CC no aporta suficientes datos respecto quienes pueden ser acogedores más allá del art. 173 bis.1, el cual nos indica que el acogimiento podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado; Por otro lado, se utiliza la expresión “persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar” en el art. 173.3⁷⁵, de lo que se desprende que pueden ser varias personas las que pueden acoger al menor.

Como el CC no dice nada sobre la idoneidad de las personas acogedoras del menor, por el criterio de analogía se puede aplicar la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, “las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente y por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Sin embargo, es un criterio que finalmente descartamos ya que el acogimiento es una institución que trata de proteger al

⁷³ Consúltense los arts. 21.1, 21.2, 21.4 y 21 bis de la LOPJM. El art. 21.1 nos enumera las obligaciones de la AP y los servicios y centros, con el fin de respetar los derechos de los menores acogidos. El 21.2, nos habla de la obligación de los centros de acogida de estar habilitados administrativamente por la Entidad Pública. El 21.4, indica que la AP deberá inspeccionar y supervisar los centros y servicios semestralmente. Por último, el art. 21 bis enumera los derechos de los menores acogidos.

⁷⁴ Art. 22 de la LOPJM: La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquellos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba.

⁷⁵ Art. 173.3 del CC: Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiada la guarda en acogimiento familiar, aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda.

menor por un periodo de tiempo limitado, no siendo el caso de la institución de la adopción.

Por tanto, tampoco se exige una capacidad especial para ser acogedor; aunque, dado que se requiere la necesidad del consentimiento de los acogedores (art. 173.2 del CC⁷⁶), se sobreentiende que han de tener capacidad de obrar suficiente para prestarse al acogimiento⁷⁷.

Además de lo anterior, teniendo en cuenta que la Entidad Pública debe procurar preferentemente la inserción del menor en un núcleo familiar, la principal exigencia es que la persona o personas que acojan al niño, resulten idóneas para estructurar una situación familiar, lo cual se deriva de la expresión “plena participación del menor en la vida familiar” (art. 173.1 del CC).

A pesar de todo, es evidente la multiplicidad de acciones y de decisiones profesionales que implica la selección de la persona o personas idóneas para ser acogedoras del menor⁷⁸.

Es necesario captar diversos tipos de familias para obtener los mayores perfiles posibles a la hora de elegir la unidad familiar que más se adapte a las características del menor. Una vez captadas, las familias son informadas y preparadas para cumplir las diversas tareas que implica el acogimiento. Una vez comienza el acogimiento del menor, en muchos casos será necesario realizar un seguimiento cercano para valorar como se desarrollan las relaciones entre el niño y la familia de acogida. Si el acogimiento finaliza, tanto el menor como la familia de acogida necesitarán algún tipo de apoyo que les ayude a adaptarse a la nueva situación.

Las intervenciones profesionales que implica el acogimiento del menor suponen la multiplicación de los agentes que intervienen en el procedimiento de selección y evaluación. En la mayoría de las ocasiones, quienes se encargan de captar a las familias o prepararlas no son los mismos que se responsabilizan de los seguimientos y apoyos a las familias de acogida. La clave en estos procedimientos está en la exigencia de una buena calidad en las actuaciones, para que sean capaces de dar respuesta a los asuntos que hay en juego y las necesidades de las personas que hay implicadas en tal proceso.

En este proceso, entra en juego el informe de valoración de idoneidad, cuyos requisitos y características deberán seguir los establecidos en la ley autonómica correspondiente, en nuestro caso la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. Este informe

⁷⁶ Art. 173.2 del CC: El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años

⁷⁷ Consúltese: SERRANO GARCÍA, I. (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 35.

⁷⁸ La Memoria del Ministerio Fiscal del año 2017, en concreto la pág. 635, pone de manifiesto el decremento en un 55,41% de los acogimientos y un 4,40% de las adopciones, a causa de la escasez real de familias acogedoras.

de valoración será fruto de la culminación del trabajo que se lleva a cabo a través de entrevistas, pruebas, cuestionarios, etc. Su objetivo fundamental es exponer la valoración final a la hora de decidir si la o las personas reúnen o no las capacidades y requisitos necesarios para responder de forma adecuada a las necesidades del menor que va a ser acogido.

En este sentido, se realiza una descripción del hogar que ha sido objeto de valoración, se analizan los miembros del núcleo familiar, las edades de las personas que lo componen, las personas que no forman parte directamente del núcleo familiar pero que forman parte del círculo de relaciones, etc. Una de las claves de este informe es el análisis de los puntos fuertes de los potenciales acogedores, así como el análisis de las necesidades de la familia acogedora en cuanto a los apoyos que va a necesitar en este proceso.

El informe finalizará con una síntesis global de todo el proceso, con una propuesta concreta positiva o negativa, con la fecha en la que se ha realizado y la firma de los equipos profesionales que lo ha llevado a cabo⁷⁹.

6.4. El alejamiento de la familia de origen y el transcurso del tiempo en el acogimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga prioridad al cuidado del menor por su familia biológica. Cuando la familia natural del menor se encuentra temporalmente en una situación perjudicial para el menor se trata de buscar una solución en la que el niño pueda ser atendido por una familia que sustituya por un periodo corto de tiempo a la familia de origen. Sin embargo y a pesar de que el menor reciba los cuidados pertinentes y sea introducido en un ambiente cuidado y preparado, no es el contexto óptimo y habitual para el menor. Es la propia familia biológica la más adecuada para su desarrollo, tal y como establece el principio de permanencia del menor en su familia de origen, siempre y cuando no sea contrario al interés del menor.

Debido al papel tan importante que juega el factor tiempo, es realmente importante salvaguardar la relación del menor con su familia natural, siempre y cuando tal relación exista, no perjudique al menor y se trate de mejorar la situación de la familia biológica con la ayuda de los Servicios Sociales. La familia de acogida del niño deberá adecuar su medio familiar a este y deberán respetar en todo caso la relación y vinculación con su propia familia, preparando al niño para su regreso a la misma.

El menor debería reintegrarse en su familia de origen, por tanto, cuando termine la causa que dio lugar al desamparo (y más teniendo en cuenta que el

⁷⁹ Consúltese: PALACIOS GONZÁLEZ, J. (2014). *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*. Granada: Junta de Andalucía. <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4296> [Consulta: 01/07/2019]

acogimiento está previsto como algo provisional) o cuando se revoque judicialmente la declaración de desamparo si se considera inexistente la causa que originó la declaración.

Lo cierto es que la combinación de la búsqueda del interés del menor y el paso del tiempo, conducen en la práctica a nuestros tribunales a convertir el retorno del menor a su familia de origen en un mero deseo o en una declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones llega a producirse.

Estos mismos factores son los que intervienen en el procedimiento de adopción del menor desamparado. Por ello y por la similitud de ambas instituciones, pasaremos posteriormente a un análisis más exhaustivo de los mismos.

7. GUARDA

La guarda del menor es una institución de Derecho civil mediante la cual una persona o la AP recibe al menor por un tiempo determinado y ordinariamente por voluntad expresa de los titulares de la patria potestad, prestándole compañía, cuidado, alimentos, educación y una formación integral.

7.1. La guarda asistencial o administrativa

La guarda prevista en el art. 172 bis.1 del CC⁸⁰ se caracteriza por la temporalidad con la que viene definida. Gira en torno al ejercicio por la AP de la patria potestad o tutela cuando los padres biológicos del menor no pueden hacerse cargo del cuidado del mismo. Los progenitores, por tanto, conservan sus facultades de representación legal y patrimonial y las correspondientes responsabilidades que la ley establece; seguirán teniendo la obligación de velar por el menor, el derecho de visitas y de comunicación, ya que la guarda administrativa no afecta a la patria potestad o tutela del niño, debiéndose estructurar respecto al interés del menor.

La AP encargada de la guarda del menor ha de ostentar lo que VARGAS CABRERA⁸¹ denomina “un poder de dirección ordinario”. La guarda se conecta a la custodia material, de manera que la AP debe prestar atención directa al beneficiario de la medida.

Por otro lado, la guarda administrativa no se produce de manera automática, ya que se puede llegar a ella por petición de los titulares de la patria potestad del menor cuando se justifique la imposibilidad de atenderlo por circunstancias graves y transitorias (art. 172 bis.1 del CC) o por resolución administrativa o judicial (art. 172 ter.4 del CC⁸²).

⁸⁰ Art. 172 bis.1 del CC: Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

⁸¹ VARGAS CABRERA, B. (1991). op. cit., pág. 640.

⁸² Art. 172 ter.4 del CC: En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.

Ahora bien, no debe confundirse la tutela administrativa con la guarda administrativa, ya que el art. 172.1 del CC⁸³ establece que cuando el menor se encuentre en situación desamparado la AP es la encargada de asumir la tutela; la guarda del art. 172 bis.1 del CC, por otro lado, tiene una finalidad preventiva, tiene por finalidad lograr que desaparezcan las circunstancias que impiden el ejercicio adecuado de la patria potestad, evitando que derive hacia el desamparo del menor.

Entre sus características principales se encuentra, como ya hemos mencionado, su finalidad preventiva, ya que el menor no termina de encontrarse en situación de desamparo, sino en situación de riesgo. La medida se mantendrá durante el tiempo necesario para que los progenitores que todavía siguen ostentando la patria potestad, superen las circunstancias que provocaron tal solicitud.

Tiene carácter subsidiario, ya que como recoge la SAP de Vizcaya de 21 de marzo de 2014 (JUR 2014, 183556) en el FJ 1º, que “el acogimiento del menor por terceras personas físicas o instituciones siempre es la última medida a adoptar cuando todas las demás se han demostrado inadecuadas o insuficientes para que el menor se desarrolle en un ambiente totalmente adecuado y normalizado”. La protección y el amparo del menor se realiza de manera primordial en la familia natural, al estar llamada a prestar las necesidades afectivas y materiales que demande el menor, sólo cuando la familia natural presente dificultades se acudirá al apoyo institucional (orientación educativa, apoyo material y auxilio material).

En definitiva, podríamos decir que para que tenga lugar la guarda administrativa se exige la concurrencia de tres requisitos. El primero de ellos es la imposibilidad de atender al menor por circunstancias graves y por tanto ajenas a las personas que ostentan la patria potestad del menor. Es decir, para poder acordar la guarda del menor es necesaria la ausencia del *animus derelinquendi* por parte de los padres o tutores, debiendo estar ausentes la despreocupación, el desinterés o el descuido⁸⁴.

En segundo lugar, se exige que la imposibilidad del cumplimiento de los deberes y obligaciones para con el menor sea temporal y transitoria, de modo que la imposibilidad de la asistencia no aparece como algo irreversible. Es por ello por lo que la guarda surge como un instrumento de apoyo provisional ante las graves circunstancias de los progenitores del menor. Un ejemplo de ello podría ser la existencia de una enfermedad que impida a uno de los progenitores el cuidado del menor, al mismo tiempo el otro progenitor no es capaz de hacerse

⁸³ Art. 172.1 del CC: Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. (...)

⁸⁴ Consultar GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P. (2004). *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 54.

cargo del mismo a causa de la jornada laboral y no disponen de parientes, familiares o medios económicos que faciliten el cuidado del niño.

Por último, se requiere que exista petición de los padres o tutores del menor o declaración por resolución administrativa o judicial.

Su carácter temporal queda reflejado en el régimen de cesación de la guarda, de modo que si la causa que la motivó desaparece, el menor deberá volver a su familia natural. También cesará la guarda cuando transcurra el plazo de duración previsto (como máximo de 2 años, tal y como indica el ya citado art. 172 bis.1 del CC) y cuando los padres o tutores lo soliciten, justificando la desaparición de las circunstancias que la motivaron. Si finalmente las circunstancias no cambian y son irreversibles se procederá a la declaración de desamparo.

Acogiéndonos al principio de permanencia del menor en su familia de origen, teniendo en cuenta el plazo máximo de 2 años que establece la legislación vigente, consideramos que debe ponerse fin a la guarda con la mayor brevedad posible, con el fin de que el menor vuelva con la mayor brevedad a su núcleo familiar de origen, sólo y únicamente cuando las circunstancias que pueden poner en peligro al menor cesen.

7.2. La guarda de hecho

El concepto de “la guarda de hecho” no aparece explícitamente contenido en el CC. A falta de una definición legal expresa de este concepto, en palabras de DE PABLO CONTRERAS⁸⁵, la guarda de hecho es “la situación fáctica en que una o varias personas no jurídicamente obligadas acogen en su domicilio y presentan asistencia a un menor o presunto incapaz”.

La guarda de hecho posee una regulación escasa en los artículos 303, 304 y 306 del CC y en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (en adelante LJV).

En primer lugar el artículo 303.1 del CC establece lo siguiente: “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente

⁸⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). “Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. VI: Las relaciones paternofiliales (II)*. Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, pág. 453.

facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores”.

Conviene destacar lo establecido en el artículo 303.2 del CC que prevé los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo: “Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis”. A lo que añade el art. 239 del CC: “1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública. 2. No obstante, se procederá 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 en interés de éste”.

Por su parte, el art. 304 del CC establece que: “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Mediante esto se pretende regular la validez de determinados actos que lleve a cabo el guardador de hecho mediante su función de representación del menor.

El art. 306 del CC, por otra parte, nos indica: “Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el art. 220 respecto del tutor”.

En palabras de DE PABLO CONTRERAS⁸⁶, “el objeto de la inclusión de la guarda de hecho en el CC era atender, en interés del menor, del incapacitado o del discapacitado, a situaciones fácticas todavía no resueltas sometiendo las mismas a control judicial. Pretendiendo cerrar así el sistema de atención a los menores y presuntos incapaces atribuyendo al juez la potestad de valorar su efectiva protección a través de la guarda de hecho. Sin embargo, la constitución de la tutela seguía siendo la solución definitiva cuando no hubiera otra o cuando el Ministerio Fiscal y, en último término el juez civil competente, consideraran la guarda de hecho ineficaz”.

Concretando la regulación del CC, el art. 52 del LJV⁸⁷ atribuye a la autoridad judicial la facultad de comprobar si la guarda de hecho sustituye a la tutela según el caso concreto del menor.

En cuanto a los supuestos más frecuentes en los que tiene lugar la guarda de hecho, encontramos, por un lado, los más frecuentes y posibles, tales como,

⁸⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011), op. cit., pág. 465.

⁸⁷ Art. 52 de la LJV: 1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos. 2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

la dejación de sus funciones por parte de los padres o tutores del menor y la asunción como guardador de hecho por un tercero⁸⁸. Y, por otro lado, las guardas en las que no se ha declarado la tutela o incapacidad previa, apoyado en el art. 303 del CC⁸⁹.

Ahora bien, en este punto conviene diferenciar los supuestos de guarda *strictu sensu*, de los supuestos que se producen de manera corriente en el interior de las familias. En estos últimos supuestos no podemos considerar la existencia de la situación de desamparo, ni la aparición real de una guarda de hecho; son, por ejemplo: los progenitores trabajadores que dejan a sus hijos durante su jornada laboral al cuidado de centros especializados (por ejemplo, guarderías) o de parientes o gente de confianza. Es evidente que no pueden ser tratados de la misma manera ya que no tiene lugar el elemento relevante para la consideración de un tercero como guardador, pues no tiene lugar la dejación de funciones por parte de los responsables de los menores. Las personas que se quedan a cargo de los menores lo hacen por relación personal o contractual con los padres o tutores del menor y no porque el niño se encuentre en situación de desamparo.

La STS 582/2014 de 27 de octubre de 2014, en su FJ 10^o establece como doctrina jurisprudencial que “cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”.

En esta institución de protección del menor tiene un papel decisivo el guardador de hecho, que, aunque carece de definición en el CC, autoras como BERROCAL LANZAROT⁹⁰ establecen que “normalmente, la persona del guardador suele ser un pariente del menor o del presunto incapaz o incapacitado (padres, ascendientes, hermanos, etc.)”.

Éste actúa tanto en la esfera personal como en la patrimonial del menor que se encuentra en situación de guarda de hecho. En el caso de la esfera personal, el guardador se ocupa de la alimentación, cuidado, tratamientos médicos, educación y formación del menor. Respecto a la esfera patrimonial, alcanza cualquier acto de administración ordinaria.

⁸⁸ Esta postura está apoyada por autores como MORENO QUESADA, ROGEL VIDE, SANCHO REBULLIDA, VENTOSA ESCRIBANO, entre otros.

⁸⁹ Apoyada por autores como ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y CANO TELLO.

⁹⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2010). “Aproximación a la institución de la guarda de hecho”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, pág. 2857.

Una vez el juez tenga conocimiento de esta situación, podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, tal y como establece el art. 303.1 párrafo 1º del CC⁹¹. Estas medidas deberán establecerse mediante resolución judicial, siendo un complemento del régimen de protección.

⁹¹ Artículo 303.1, párrafo 1º del CC: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

8. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El Título VII del Libro I del CC se denomina “De las relaciones paterno-filiales”, este se compone de los arts. 154 a 180, divididos en cinco capítulos. El primero de estos capítulos establece el significado de la patria potestad, el segundo y el tercer capítulo desarrollan los deberes y facultades de los progenitores del menor, y el cuarto capítulo regula la extinción de la patria potestad. Finalmente, el capítulo cinco (arts. 172 a 180) introduce las formas de protección del menor como la adopción, la guarda y el acogimiento, figuras que serán analizadas en los posteriores capítulos de este trabajo.

Esta regulación se completa, por un lado, con la LOPJM estableciendo los principios básicos y los derechos y deberes de los menores y de sus progenitores. Y, por otro lado, con las leyes que han ido dictando las CCAA sobre esta materia.

Es evidente que el menor necesita ser objeto de protección. Su minoría de edad supone la necesidad de cuidado y asistencia en el ámbito familiar, concretamente por medio de sus progenitores. Según nuestro CC, el menor ha de recibir asistencia “moral y material”, siendo la unidad familiar el medio idóneo para llevarlo a cabo. La familia cuenta con ciertos recursos culturales y afectivos permitiendo el ejercicio de esta asistencia para conseguir el desarrollo de la personalidad del niño y así que este alcance su autonomía personal.

No obstante, hay momentos en los que el sistema de protección que la familia presta al menor no responde a las necesidades de este y termina siendo deficitario⁹². En ocasiones se observa una falta de asistencia emocional y material, evidenciando una situación de desamparo. Es en este momento

92 Sin embargo, si se han elaborado soluciones a dicho problema, como la malograda Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que pretendía, en palabras de AMAT LLOMBART “satisfacer la creciente demanda social que reivindica que la convivencia de los hijos tras una crisis familiar sea pactada teniendo en cuenta el interés superior del menor, el principio de igualdad de los progenitores y el derecho de cada menor a convivir con ambos. El legislador autonómico valenciano ha sido sensible a esta demanda social y considera necesario, en primer lugar, concienciar a los progenitores sobre la necesidad de pactar un régimen equitativo de relaciones con sus hijos y, en segundo lugar, para los supuestos en que no sea posible alcanzar un acuerdo, otorga una clara preferencia por el sistema de custodia compartida, término que es sustituido en la LRF por el de “régimen de convivencia compartida”. Sin embargo, dicha regulación claramente progresista e innovadora fue derogada por el TC (STC 192/2016 de 16 de noviembre de 2016 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 3859-2011) al ser declarada inconstitucional, al considerar su colisión con aspectos no preexistentes de derecho civil valenciano (furs). AMAT LLOMBART, P. (2017). “La competencia legislativa en materia de derecho civil del artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Disfunciones en torno al derecho civil valenciano e interpretación del Tribunal Constitucional” en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, pág. 24.

cuando entran en juego los poderes públicos y su capacidad de protección del menor.

8.1. La patria potestad

El *paterfamilias* ejercía la jefatura doméstica mediante la *potestas* sobre todos los miembros de la familia. Este era un poder arbitrario y absoluto, posibilitando la cohesión del grupo que se formaba con la construcción de la familia.

En el CC de 1889, la patria potestad recibía la influencia de perfiles patriarcales, con la reforma de 1981 se producen importantes cambios (ej. El poder es compartido por el padre y la madre). Además, se puede observar como la patria potestad no se ejerce en beneficio del padre, sino que se pretende beneficiar al menor, con ello se observa un mayor protagonismo de la personalidad del sujeto sometido, en este caso el menor. “Por último, se incrementa el control público en el sentido de un avance de las competencias y de los poderes del Estado frente a los estrictamente familiares”⁹³

Con la evolución del Derecho común y del Derecho romano, se transforma el sentido de la patria potestad⁹⁴, entendiéndose hoy como un conjunto de poderes que pretenden el cumplimiento de las obligaciones que se establecen legalmente, alcanzando así una función social. Esta nueva concepción de patria potestad supone el ejercicio de unos derechos dirigidos a beneficiar a otra persona, en este caso el menor. De todo esto podemos deducir que la patria potestad supone una figura esencial en el ámbito familiar, considerándose de orden público, convirtiéndose en una potestad intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.

Los hijos no emancipados se encuentran bajo la patria potestad de sus progenitores, debiendo ser ejercida en beneficio de los hijos. Esta consiste en velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo mediante una formación integral, representarlo y administrar sus bienes, tal y como dispone el art. 154 del CC. Del mismo modo, conforme a lo establecido el art. 155.1 del CC, los hijos deben obedecer y respetar a sus padres mientras se encuentren bajo la patria potestad de estos.

La patria potestad es ejercida por ambos progenitores y ante ciertas circunstancias personales se contempla la posibilidad de ser ejercida por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 156 CC).

La patria potestad es un efecto de la filiación. El menor carece de capacidad de obrar y son los titulares de la patria potestad los que deben actuar ante el mundo jurídico en nombre del menor, como sus representantes legales. La patria

⁹³ DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, Vol. IV, Tomo I, págs. 271 y 272.

⁹⁴ Cabe añadir que, junto a este cambio, tuvo lugar, además, la transformación de la tradicional estructura de la familia patriarcal, originando diversas formas de construcción familiar.

potestad cubre tanto las necesidades jurídicas, como personales y patrimoniales del menor. Diversos autores como PASQUAU LIAÑO, la definen como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos⁹⁵.

8.2. El ejercicio de la patria potestad

Todo aquel que ostenta la patria potestad se convierte en titular de una serie de derechos para cumplir con determinados deberes. Esta figura “se ejercerá siempre en beneficio de los hijos” (art. 154 CC), conforme se establece en el art. 39.3 de la CE y en la LOPJM.

El TS concluye en el FJ 2º de la Sentencia de 25 de junio de 1994 (RJ 1994, 6502), que el art. 154 del CC establece las funciones de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, siendo al mismo tiempo deberes y derechos conforme al art. 39.3 de la CE, configurándose la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes que la normativa correspondiente otorga a los padres sobre sus hijos no emancipados.

Parafraseando a AMAT LLOMBART⁹⁶, podemos afirmar que “de entre todos los principios y criterios generales que la Ley recoge y proclama, [...] merece destacarse, el de primacía del interés del menor, orientado a la consecución particular de su desarrollo armónico y pleno y a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social” lo que pone de manifiesto que la prevalencia del interés del menor supone que la disyuntiva entre interés del menor y titularidad de la patria potestad, que corresponde por derecho propio a los padres, debe resolverse a favor del primero, teniendo siempre en cuenta que el principio de *favor filii* no significa que el interés del menor tenga que ser necesariamente superior al de los padres, en tanto que los intereses de los adultos deben ser igualmente reconocidos y protegidos. Sin embargo, el interés del menor debe considerarse necesitado de protección, y es esta circunstancia la que le imprime ese carácter de “relativa” superioridad⁹⁷.

Por otro lado, durante la minoría de edad del menor y hasta el momento en que tiene lugar su emancipación, la legislación otorga a los padres un conjunto de potestades con el fin de proteger a sus hijos y facilitar su desarrollo psíquico e intelectual: esto es lo que supone la patria potestad. Solo cuando las facultades que concede la patria potestad se ejerzan a favor del menor, los progenitores contarán con el apoyo del Ordenamiento jurídico. A colación de lo anterior, la ya

⁹⁵ PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia civil comentada*. Granada: Comares, Tomo I, pág. 742.

⁹⁶ AMAT LLOMBART, P. y ESPUNY SANCHÍS, M. (2016). “Incidencia de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de la Comunidad Valenciana en procedimientos de familia por cese de convivencia de los progenitores habiendo hijos bajo autoridad parental” en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 14, pág. 4.

⁹⁷ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, en *Actualidad Civil*, núm. 3, pág. 292.

citada STS de 25 de junio de 1994, define la exigencia de ejercer la patria potestad a favor del menor con los siguientes términos: “La patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de este orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, (...) pero de ello no debe inferirse que los padres puedan verse privados de aquella por concurrir especiales circunstancias en el hijo o por otra preferencia de este, ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas”.

Esta titularidad de la que hablamos, se concibe como una facultad dual que comparten ambos progenitores (art. 154.1 del CC). Una vez se identifica la filiación de ambos progenitores, el régimen jurídico atribuye la titularidad a ambos o en ciertos casos, a uno de ellos, constituyendo uno de los supuestos de titularidad individual recogidos en el CC.

Los hijos naturales o adoptados no emancipados están sujetos a patria potestad, ya que la emancipación presume el fin de la patria potestad a la que se somete el menor en vida de los progenitores (art. 169 del CC). Los menores que al alcanzar la mayoría de edad carezcan de capacidad suficiente por incapacitación judicial, quedarán sometidos a la patria prorrogada (art. 171 del CC). Numerosa jurisprudencia opina que la patria potestad prorrogada deriva de la propia patria potestad y no de la tutela; el TS en el FJ 9º de la Sentencia de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2545), indica que la patria potestad prorrogada debe ejercerse conforme a los artículos 154 y siguientes del CC, posibilitando a los progenitores la representación legal y la administración de los bienes e intereses del menor sujeto a patria potestad, sin necesidad de pedir autorización judicial para ello. Únicamente cuando los intereses del menor no coincidan con los de ninguno de los progenitores, se nombrará un defensor de los intereses del menor⁹⁸.

Según lo dispuesto en el art. 156 del CC, la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores o por uno de ellos, siempre con el consentimiento expreso del otro. Se consideran válidos los actos que lleve a cabo uno de ellos con el consentimiento del otro y, además, del mismo modo, son válidos los actos realizados por uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias que tengan lugar o en situaciones de urgente necesidad. Así pues, salvo en estos casos, ninguno de los progenitores, de manera individual sin contar con el consentimiento del otro, puede decidir sobre el menor.

Por otro lado, se contempla el consentimiento general a favor del otro cónyuge para el ejercicio de la patria potestad. Ello supone que el otro cónyuge conserva sus responsabilidades y puede actuar de manera individual cuando lo considere. Si hubiese problemas en el ejercicio conjunto de la patria potestad será necesario recurrir al procedimiento judicial (art. 156 del CC). En caso de

⁹⁸ Si tal confrontación sólo tiene lugar con uno de los progenitores no será necesario el nombramiento del defensor, ya que esta tarea recae sobre el progenitor libre de conflicto con el menor.

desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, se oirán las partes y al menor (en caso de que este tuviera suficiente juicio y en todo caso, si este hubiera alcanzado los doce años)⁹⁹, y finalmente se atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos padres. Si los conflictos entre ambos progenitores fueran reiterados o tuviera lugar alguna circunstancia que entorpeciera el ejercicio de la patria potestad, el juez correspondiente podrá distribuir las funciones o incluso atribuir las totalmente a uno de ellos. Esta medida tendrá vigencia durante el periodo de tiempo que se determine y no podrá exceder de dos años.

El art. 156 del CC establece supuestos especiales en los que el ejercicio de la patria potestad se ejerce exclusivamente por uno de ellos, como es el caso de la ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro progenitor.

En los supuestos de separación de los progenitores (art. 156 del CC) se atribuye el ejercicio de la patria potestad al progenitor que conviva con el hijo, con la posibilidad de que el progenitor no custodio solicite al juez correspondiente la custodia compartida o la distribución de las funciones de cuidado del menor.

La patria potestad se extingue por el fallecimiento de los progenitores del menor, por la emancipación de este o por la adopción, tal y como establece el art. 169 del CC. Finalmente, el CC en su art. 170 contempla la privación total o parcial de la patria potestad por sentencia que pruebe el incumplimiento de los deberes parentales, dictada en causa matrimonial (art. 92.3 del CC) o en causa criminal (art. 111.1 del CC).

8.3. Vicisitudes que afectan al ejercicio de la patria potestad: suspensión, pérdida, privación, extinción y recuperación.

En este punto surge la necesidad de distinguir los conceptos de: suspensión, privación y extinción. Partimos de la base de que resulta complicado delimitar estos conceptos, ya que el CC no precisa sus límites. En nuestra legislación no se concede la misma dimensión a la privación de la patria potestad, para la que es necesaria sentencia firme, que, a la suspensión de la patria potestad, la cual se declara mediante resolución administrativa en el momento en que se detecta el desamparo del menor y se atribuye la tutela de este a la propia AP de forma automática.

En primer lugar, cuando hablamos de extinción de patria potestad hacemos referencia a todos los casos en los que el ordenamiento jurídico considera que uno o ambos progenitores deben dejar de ser titulares de la patria potestad del menor.

A su vez, dentro de esta categoría distinguimos dos grupos. Por una parte, la pérdida de la patria potestad, cuando se produce la adopción del hijo natural

⁹⁹ Al respecto consultar a COMPANY CARRETERO, J. y SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. (2017). "El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado", en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, págs. 4-15.

por otra familia, extinguiéndose los vínculos jurídicos entre el menor adoptado y su familia natural. Esta circunstancia implica el fin de la patria potestad por los padres naturales del menor, que hasta ahora venía haciéndose cargo, ya que nuestro ordenamiento jurídico no admite que el menor quede sujeto al mismo tiempo a la patria potestad de sus progenitores y a la de sus adoptantes.

Sin embargo, existen dos hipótesis en las que, a pesar de producirse la adopción del menor, no tiene lugar la extinción de la patria potestad de los padres naturales. Ello sucede cuando el menor adoptado es hijo/a del cónyuge del adoptante (ej. Matrimonio en el que el hijo/a biológico/a de uno de los dos es adoptado por el otro cónyuge por no ser progenitor). Ante esta circunstancia el menor se verá privado de la patria potestad de uno de sus progenitores al convertirse en el hijo adoptivo del nuevo cónyuge, ostentando ambos la patria potestad). La segunda hipótesis a la que acudimos se concreta en el supuesto que tiene lugar cuando solo uno de los progenitores ha sido legalmente determinado, siempre y cuando tal circunstancia no haya sido solicitada por el adoptante, el adoptado que haya cumplido los doce años de edad o el progenitor cuyo vínculo todavía existe (art. 178.2 del CC)¹⁰⁰.

Cuando la AP asume la tutela del menor en desamparo tiene lugar una situación en la que la AP no tiene potestad suficiente para privar a los padres de la patria potestad, ni para poner fin a la tutela ordinaria, sólo se produce la suspensión del ejercicio, manteniéndose la titularidad de la patria potestad sobre el menor.

Por otra parte, respecto a la privación de la patria potestad, se prevé en los supuestos contemplados en el art. 170 del CC¹⁰¹. En palabras de LÁZARO GONZÁLEZ, tiene un claro marcado carácter punitivo, y alberga la posibilidad de que exista otro progenitor que la siga ostentando¹⁰².

Ante esta situación, se plantea la cuestión de si es posible la compatibilidad entre la patria potestad o tutela ordinaria y la tutela *ex lege*. Mientras no se produzca la privación de la patria potestad convive la titularidad de la patria potestad con la tutela de la AP (por la desprotección del menor que tiene lugar), por lo que los progenitores todavía manteniendo la patria potestad del menor pueden llevar a cabo actos patrimoniales siempre y cuando beneficien al menor; en caso contrario, la AP puede asumir la administración de los bienes del menor¹⁰³. Cuando interviene la AP no se extingue la patria potestad de los

¹⁰⁰ El menor de doce años conserva la filiación biológica con uno de los dos progenitores, extinguiéndose la patria potestad del otro progenitor ya que es adoptado por otra persona con quien surge una nueva filiación, siempre y cuando los tres sujetos estén de acuerdo.

¹⁰¹ Art. 170 del CC: El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

¹⁰² LÁZARO GONZÁLEZ, I (1997). *Los menores en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, pág. 169.

¹⁰³ Esta afirmación viene reforzada por numerosos autores. Entre otros, MARTÍN GARCÍA: de acuerdo con el art. 172.1, p. 3º, el efecto básico de la aparición de la tutela llevada a cabo por

progenitores, únicamente se suspende su ejercicio ya que naturalmente la titularidad no la ostenta la AP, sino los propios progenitores.

Hasta aquí, hemos podido observar la diferencia entre privación y pérdida de la patria potestad. Como indica O'CALLAGHAN MUÑOZ: "aunque la privación implique el nombramiento de un tutor al hijo menor en caso de que se les prive de la misma a ambos progenitores o la titularidad de la patria potestad la ostente sólo uno de los progenitores y este se vea privado de la misma. Porque en el caso en que existan ambos progenitores y se prive sólo a uno de ellos de la patria potestad, ésta recaerá en exclusiva, ipso iure, sobre el otro"¹⁰⁴.

Es el art. 170 del CC (incumplimiento de los deberes inherentes de la patria potestad) el que regula la privación de la patria potestad. Se trata de un supuesto de extinción de la patria potestad distinto a los que el art. 169 del CC recoge¹⁰⁵. La situación de pérdida que dispone el art. 170 del CC es temporal ya que, en principio, cabe la recuperación del menor, aunque mantiene matices punitivos, aunque no pretende sancionar al progenitor, sino proteger al menor¹⁰⁶, y requiere, además, una sentencia que la establezca.

Bien es cierto que la delimitación conceptual entre privación y suspensión puede resultar confusa. En este punto es clara la STS de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7507) en su FJ 4º ya que expresa: "evidentemente, la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, "su privación", sea "temporal, parcial o total", requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad".

La privación implica suspensión, y viceversa. Pero del mismo modo la extinción conlleva privación. Por tanto, el problema viene a la hora de distinguir

las Comunidades Autónomas es la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Suspensión, que no privación, que, en principio, no tiene por qué tener un carácter absoluto, sino que más bien, está pensada para que se pueda producir una convivencia entre las citadas figuras, eso sí, en lo que a la esfera patrimonial del menor se refiere, y siempre y cuando se actúe en beneficio de los intereses del tutelado. Por tanto, el ámbito personal del menor quedaría sometido al control de la tutela pública, mientras que el económico podría ser compartido. MARTÍN GARCÍA. M.L. (2010). "Comentario al art. 172 del Código Civil" en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, pág 294.

¹⁰⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2013). *Código Civil. Comentado y jurisprudencia*. Madrid: La Ley, pág. 246.

¹⁰⁵ Establece como causas de extinción la declaración de fallecimiento de los progenitores o del hijo, la emancipación del hijo o la adopción del menor.

¹⁰⁶ STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223) considera en el FJ 3º lo siguiente: "(...) se trata de una medida de protección hacia el hijo menor y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto a la conducta de aquel, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil (...)".

entre suspensión y extinción, ya que ambos conceptos implican la privación de la patria potestad.

Los cauces por los que puede tener lugar la privación judicial de la patria potestad son: en primer lugar, por sentencia firme (en causa civil o administrativa), cuando tenga lugar un incumplimiento grave de los deberes de cuidado y protección del menor y, además, debe hacerse en beneficio del menor. La jurisprudencia ha realizado una interpretación restrictiva de este concepto. La STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2982), en su FJ 1º dispone que “la patria potestad es (..), una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 CE; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello de lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación, añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño”.

El principio objeto de análisis de este trabajo queda en un segundo plano ante la protección de los intereses del menor. Es evidente que el principio de permanencia del menor en su familia de origen es reconocido como una prioridad de los Estados, pero se anteponen las necesidades del menor, sólo se buscará la permanencia del niño en su familia de origen cuando sea beneficioso para el mismo.

En segundo lugar, la inhabilitación de la patria potestad a los titulares de esta, por sentencia dictada en causa criminal. Resulta imprescindible en nuestro estudio analizar la relevante STS de su Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia núm. 568/2015, de 30 de septiembre (EDJ 2015, 177782). En el supuesto de hecho analizado la Audiencia Provincial no acordó la imposición de esta pena ante un caso de tentativa de asesinato con quebrantamiento de medida cautelar, habiéndose producido una agresión a la expareja, a la que tenía prohibido acercarse por haber protagonizado un episodio previo de violencia doméstica, asestándole múltiples puñaladas en presencia de la hija menor de 3 años.

En general, el derecho penal ha sido reactivo a la privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia, se pueden señalar, entre otras, las STS núm.

568/2001, de 6 de julio (EDJ 2001, 25290), la núm. 750/2008, de 12 de noviembre (EDJ 2008, 227772), y la 780/2000, de 11 de septiembre (EDJ 2000, 25623). En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad por la aplicación por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 CC.

En el caso analizado se recoge expresamente que la agresión hacia la madre fue efectuada en presencia de la menor de tres años. El Ministerio Fiscal estima que además de un delito contra la madre de la menor, supone un ataque a la integridad moral de la menor y el desarrollo de su personalidad. Finalmente, el TS aplica directamente el art. 170 CC para privar de la patria potestad al progenitor. En la STS de 15 de enero de 1997 (EDJ 1997, 240) se aplicó el art. 170 CC, a través del cual la AP privó de la patria potestad al padre de una menor que había asesinado a la madre, lo que viene a confirmar la de 30 de septiembre de 2015 Y, con mayor claridad aún, la STS de 20 de diciembre de 1993 (EDJ 1993, 11718), resolviendo que: “Por lo que procede hacer aplicación de lo prevenido en el primer párrafo del art. 170 CC, que autoriza a privar a los padres de la patria potestad en una sentencia penal, privando totalmente a (...) de la patria potestad sobre su hijo. Bien entendido que tal privación no significa una extinción de aquel derecho-función, ya que, como previene el párrafo 2º del citado art. 170 podrá acordarse en el futuro la recuperación del mismo, siempre en beneficio del menor y acreditada, por el cambio de conducta de la madre, la desaparición de las causas que han motivado esta privación.”

Por último y, en tercer lugar, mediante resolución recaída en causa matrimonial. En la STS de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7507), considera el TS que, si no resulta efectivamente acreditado que la no atención hubiera causado una situación de riesgo y peligro para el menor, no resulta aconsejable la adopción de la privación de la patria potestad a uno de los progenitores biológicos. Por otro lado, la STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5280), considera necesaria la privación en base a la desatención que sufría el menor. La SAP de Alicante, de 22 de mayo de 2014 (AC 2014, 1407) determina la privación de la patria potestad al padre, en interés de una menor, que se encuentra integrada en una familia nueva que ha construido la madre, en base a la estabilidad afectiva y material que su nueva familia le aporta. En estos casos, como se puede observar, puede incidir sobre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad siempre que exista una causa suficiente probada en el proceso y siempre y cuando sea conveniente para el menor.

En cuanto a la recuperación de la patria potestad del menor, es necesario recordar que en el caso de finalizar la patria potestad por alguna de las causas recogidas en el art. 169 del CC (ya sea por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o el hijo, por la emancipación del hijo o por la adopción del hijo) es imposible tal recuperación, afirmando sin duda alguna que la patria potestad se ha extinguido.

En cambio, en el caso de que unos progenitores hayan sido privados o se les haya impuesto la suspensión de la patria potestad, los tribunales podrán, en

beneficio e interés del menor, permitir la recuperación de la patria potestad cuando cese la causa que en su momento motivó la privación de la patria potestad, tal y como establece el art. 170 del CC¹⁰⁷. Los progenitores que finalmente recuperen la patria potestad del menor vuelven a estar investidos de los derechos y obligaciones de las que antes gozaban. Por lo tanto, si en el momento de la pérdida de la patria potestad se hubiera constituido una tutela sobre el menor por privación o suspensión y finalmente la familia natural la recupera, dicha tutela queda extinguida.

Lo deseable para el menor, en estos casos, es el retorno a su familia de origen una vez se solventan los problemas por los que se inició la privación de la patria potestad. Sólo en el caso de que estos problemas perduren, los poderes públicos deberían iniciar otro tipo de medidas para proteger al menor, como por ejemplo la separación del menor de su familia natural, para conseguir la seguridad y estabilidad del niño.

¹⁰⁷ La recuperación de la patria potestad tiene precedentes muy antiguos. En el Derecho Romano, si el padre de la familia natural del menor resultaba cautivo por las autoridades, la patria potestad quedaba suspendida, recuperándola al volver. Esto era porque los que en la guerra se convertían en prisioneros del enemigo, al quedar liberados se reintegraban en sus derechos como ciudadanos, como si nunca hubieran faltado de la Ciudad (Derecho de postliminio).

9. LA TUTELA

7.3. La tutela de los menores en situación de desamparo

Se entiende por “la capacidad de obrar” la aptitud absoluta para autogobernarse; esta se alcanza con la mayoría de edad y el pleno desarrollo de las facultades físicas e intelectuales. En el caso de los menores de edad es necesario que sean representados legalmente para completar la falta de capacidad. Esta situación se encuentra cubierta a través de la patria potestad que ostentan los padres biológicos sobre el menor. Sin embargo, pueden darse casos de ausencia por parte de los progenitores o que aun estando presentes no puedan desempeñar la patria potestad por determinadas circunstancias que la imposibilitan (ej. una enfermedad, su ausencia prolongada o su ingreso en prisión).

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, es un hecho la existencia de menores que se encuentran privados de guarda y/o de representación legal, lo que implica que los ordenamientos jurídicos tienen que estar preparados para prever esta contingencia. Por ello surge la necesidad de crear una institución inspirada en la patria potestad, que la sustituya en los casos de ausencia de aquella. Esta institución es la tutela, cuya finalidad es protectora y se ejerce en interés de quien queda sujeto a ella, constituyendo un conjunto de derechos y deberes dirigidos a sustituir la falta de capacidad de quienes no están bajo la patria potestad¹⁰⁸.

Por su parte, el art. 215 del CC establece que “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º la tutela, 2º la curatela, 3º el defensor judicial”.

Dejando a un lado la curatela, a la que están sujetos los menores emancipados, y los casos en los que interviene el defensor judicial, podemos decir que la institución de la tutela es un mecanismo de representación legal que pretende sustituir la falta de capacidad del menor, contemplada en los arts. 215 a 285 del CC.

En primer lugar, estarán sujetos a tutela, los menores no emancipados que no se encuentren bajo patria potestad; en segundo lugar, los incapacitados; en tercer lugar, los sujetos bajo patria potestad prorrogada, salvo que proceda la curatela, y, por último, los menores en situación de desamparo¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Consúltese: LETE DEL RÍO, J.M. (1978), en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Coord.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV. Santiago de Compostela: Edersa, pág. 143.

¹⁰⁹ Art. 222 del CC: Estarán sujetos a tutela: 1º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4º Los menores que se hallen en situación de desamparo.

Encontramos así dos modalidades de tutela: una es la ordinaria, la cual se constituye judicialmente, y la otra es la automática, que es asumida por la AP y es a la que quedan sometidos los menores de edad declarados en situación de desamparo.

7.4. La tutela administrativa del menor desamparado

Los precedentes de la tutela *ex lege* de la AP los encontramos en la Orden de 1 de abril de 1937, la cual regulaba el servicio de colocación de menores huérfanos y abandonados en las familias. A través de esta norma, se establece la tutela legal de la AP y supone un precedente de la tutela actual que ostenta la AP.

Según esta norma del siglo pasado, las familias que acogían a los menores adoptaban las funciones de la guarda: el deber de alimentación, vestimenta y educación del menor; sin embargo, en estos casos, la tutela correspondía a la AP. El art. 9 de la citada orden establecía que la colocación familiar es una forma en la que el Estado ejerce la tutela de los niños abandonados, atribuyendo la tutela a las Juntas Locales, siendo inspeccionadas por las Juntas Provinciales y el Gobierno. Por tanto, las Juntas Locales tenían la obligación de vigilar que las familias acogedoras cumplieran sus obligaciones. Sin embargo, la tutela de la AP no alcanzaba la administración de los bienes del menor, ya que esta correspondía al Consejo de Familia.

Por otro lado, el Decreto de 23 de noviembre de 1940, de protección a los huérfanos de la revolución y la guerra, muestra un precedente de la tutela *ope legis*. El art. 2 de este Decreto dispone que la protección del Estado a los huérfanos de la revolución y la guerra consistirá en hacer frente, con cargo al Fondo de Protección Benéfico social, a su subsistencia y educación y en “prestar el más vigilante cuidado a su proceso formativo, al objeto de que este se verifique en condiciones de adhesión a los ideales y principios profesados por el Estado”. El cuidado y la correspondiente tutela de los menores que se encontraban en tal situación, se atribuía conforme al siguiente orden: a la familia de origen, a personas de reconocida moralidad, al auxilio social del movimiento o a los establecimientos benéficos fundados por las AAPP o las entidades de beneficencia privada.

En la actualidad, la situación de desamparo y la siguiente atribución de la tutela a la AP, vienen establecidas en el art. 172.1 del CC: “Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce

años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la AP y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este. La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela”.

Como se puede observar, la tutela de los menores es ejercida por la AP cuando tiene lugar la declaración de desamparo del propio menor. Esta tutela viene regulada en el Título X, del Libro I del CC, concretamente en sus arts. 222 y 239, cuyas principales características son: recae sobre los menores e incapaces que se encuentran en situación de desamparo; es automática o *ex lege* sin necesidad de una sentencia judicial que la declare, tras la reforma de la Ley 21/1987; es provisional, aunque puede llegar a convertirse en definitiva; de titularidad pública o administrativa y delegable a través del acogimiento.

La tutela administrativa surge como una medida provisional con el objetivo de proteger de manera inmediata a los menores en situación de desamparo; en los casos en que no se hallen personas capaces de asumir la tutela ordinaria o no sea posible la adopción del menor o su reinserción en su familia de origen, se transforma en un instrumento de protección permanente de los menores desamparados.

Así las cosas, la AP se encuentra legitimada para declarar la situación de desamparo en cada caso, debiendo remitir su decisión al Ministerio Fiscal y a los titulares de la patria potestad o tutela, informándoles de su derecho a acudir a la vía judicial; además, la declaración de desamparo puede conllevar la privación de la patria potestad o la extinción de la tutela ordinaria ejercidas hasta la fecha. Una interpretación extremista de la ley no parece razonable, ya que da lugar a frecuentes abusos: el asistente social propone y la AP resuelve privando a los progenitores del hijo biológico, para ser acogido en otra familia o ser ingresado en una institución pública. Este hecho de producirse automáticamente y sin vuelta atrás, podría contravenir el art. 39 de la CE, en cuanto a la protección de la familia. Y, además, es evidente la incoherencia de exigir el control judicial para internar a los menores y en cambio, excluirlo para declarar la situación de desamparo. Sería oportuno realizar una modificación de esta normativa, ya que resultaría más adecuado que la AP pudiera proponer al Juez la resolución de desamparo para que fuera decretada en su por la autoridad judicial, y así con

una declaración judicial de desamparo se produciría la automática asunción de la tutela por parte de la AP, sin necesidad de constituir una tutela ordinaria.

La suspensión automática del ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria es consecuencia de la tutela legal¹¹⁰. Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, la titularidad de la patria potestad coexiste con la tutela automática de la AP, y si es necesario esta solicitará a los tribunales la privación de la patria potestad (debido a que, tras la declaración de desamparo del menor, los progenitores en su patria potestad suspendida, lo que no implica que se haya extinguido y es por eso por lo que la titularidad de la misma la siguen ostentando). La desprotección que se origina en la esfera personal del menor provoca que se adopte la tutela por la AP, pero todavía los progenitores pueden llevar a cabo actos patrimoniales siempre que beneficien al menor. En caso contrario, la AP podría asumir también la administración del patrimonio del menor.

Siguiendo a ROGEL VIDE, “por lo que al contenido de la tutela *ex lege* respecta, dependiendo de las circunstancias, se extenderá a la guarda y protección de la persona y bienes del menor. La Entidad pública, en el ejercicio de esta tutela, tendrá competencias similares a las que el CC atribuye al defensor judicial, al Ministerio Fiscal y al administrador de los bienes del menor, pero no las del tutor definitivo, dado el carácter transitorio de esta tutela”¹¹¹.

La inscripción de la tutela administrativa en el Registro Civil no se previó en la Ley 21/1987, ni en la LOPJM; por ello la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en la Resolución de 26 de junio de 1996 (RJ 1996, 6185) la declaró como no inscribible, al entenderse como supletoria, en el sentido de que, en defecto de la patria potestad se procederá al nombramiento de un tutor. Es por ello por lo que la tutela asumida por las AAPP no se puede considerar una tutela ordinaria como la del art. 218 del CC, sino la consecuencia que se produce cuando se declara el desamparo del menor.

Teniendo en cuenta que solo la autoridad judicial es competente para adoptar medidas sobre los menores en cuanto a la privación total o parcial de la patria potestad, según la ya citada resolución, la DGRN afirma que la suspensión del art. 172 del CC es consecuencia de la declaración de desamparo. Se declara el desamparo porque no se están ejerciendo correctamente las obligaciones que conlleva la patria potestad y es por ello por lo que se concluye con la suspensión de su ejercicio. En cualquier caso, los padres biológicos del menor pueden solicitar el auxilio de la autoridad judicial para recuperar al menor, en el caso de que la situación de desamparo desaparezca (art. 154 del CC), sin perjuicio de

¹¹⁰ Art. 172.1, párrafo 3: La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este.

¹¹¹ ROGEL VIDE, C. (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 186.

que los progenitores puedan confiar la guarda del menor a la AP (art. 172.2 del CC). Es esta nota de provisionalidad la que fuerza a la DGRN a concluir la no inscripción de la tutela legal y la consiguiente suspensión de la patria potestad.

En el art. 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹¹² (en adelante LRC), no se contempla de manera expresa la tutela *ex lege*. No obstante, en el art. 11 de la LRC, con título “Los derechos ante el Registro Civil”, aparece en su apartado i) “el derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, personas con capacidad modificada judicialmente, personas con discapacidad y personas mayores”, por lo que podríamos decir que se abre la posibilidad de inscribir en el Registro Civil la tutela legal.

7.5. La tutela ordinaria y la situación fáctica de desamparo

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, cuando se declara la situación de desamparo del menor e interviene de forma automática la AP, se suspende la patria potestad de los padres del menor, sin privarlos de ella, ya que únicamente mediante sentencia es posible la privación de la misma.

Una cuestión que surge en este punto es la siguiente: ¿qué ocurre en el caso de que un menor se encuentre en situación fáctica de desamparo acogido de hecho por personas del entorno y dónde no ha intervenido la AP?

La declaración administrativa de desamparo constituye la tutela automática de naturaleza legal a favor de las AAPP, tal y como dispone el art. 239.1 del CC: “La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública”. Por otro lado, el 239.2 de ese mismo artículo establece que: “No obstante, se procederá 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 en interés de este”. De ahí el que podemos deducir el interés por la concesión de la tutela del menor a las personas cercanas al mismo, cuando estas existan, siempre y cuando cumplan una serie de características.

¹¹² Art. 4 de la LRC: Hechos y actos inscribibles: “Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: 1º El nacimiento; 2º La filiación; 3º El nombre y los apellidos y sus cambios; 4º El sexo y el cambio de sexo; 5º La nacionalidad y la vecindad civil; 6º La emancipación y el beneficio de la mayor edad; 7º El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio; 8º El régimen económico matrimonial legal o pactado; 9º Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones. 10º La modificación judicial de la capacidad de las personas, así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas; 11º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones; 12º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad; 13º La autotutela y os apoderamientos preventivos; 14º Las declaraciones de ausencia y fallecimiento; 15º La defunción”.

Al respecto, la ya citada STS de 27 de octubre de 2014 (RJ 582, 2014) aclara los criterios contradictorios de la jurisprudencia de las AAPP. El Alto Tribunal consideró que, si tiene lugar el incumplimiento por parte de los progenitores de los deberes inherentes a la patria potestad, pero existe un guardador de hecho que es capaz de asumir estos deberes, no es lógico declarar la situación de desamparo del menor y por ende la asunción de la tutela del menor por parte de la AP. Según afirma el TS: "(...) para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudirse a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

Ante situaciones como las expuestas anteriormente, la DGRN¹¹³ afirma que la tutela establecida por ministerio de la Ley debe considerarse supletoria solo en defecto de la patria potestad y deberá procederse al nombramiento de un tutor cuando existan personas que por su relación con el menor u otras circunstancias puedan asumir la tutela.

Es evidente que, tras la reforma del CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y los sucesivos análisis realizados a las resoluciones de la DGRN y a la jurisprudencia del TS, el nombramiento de un "tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste" (art. 239.2 del CC) es y debe ser la solución más favorable para el menor. De este modo se produce un acercamiento al principio de permanencia del menor en su familia de origen, concediéndose a parientes o personas próximas al círculo familiar del menor la tutela del mismo.

En ocasiones se parte de una situación en la que algún pariente del menor desamparado ejerce una guarda de hecho sobre el mismo. En esta situación lo que realmente sucede es que el menor no se encuentra privado de asistencia moral o material que justifique la situación de desamparo. En estos casos, la constitución de la tutela ordinaria debería privar durante la suspensión de la patria potestad a los padres del menor, dada la incompatibilidad entre ambas instituciones (además, la privación no siempre implica extinción, dado que la privación se ajusta al tiempo y la forma y la extinción tiene carácter definitivo,

¹¹³ Vid. RDGRN de 22 de junio de 1996 (RJ 1996,6185).

tanto la suspensión como la extinción implican privación, no obstante, en el primer caso es temporal y en el segundo, definitiva).

Un ejemplo de ello lo encontramos en el AAP de Asturias de 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6278). En este caso se declara la situación de desamparo del menor por encontrarse el padre en prisión y la madre en paradero desconocido. Ante tal situación, la AP insta la constitución judicial del acogimiento del menor a favor de la abuela paterna; la abuela decide oponerse, al tener la intención de constituir la tutela ordinaria del menor. El Tribunal, tras analizar esta situación establece en el FJ 2º: “La situación de desamparo no impide el 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 este, como prevé el artículo 239; la cuestión fundamental que debe dilucidarse es la de si el hecho de que sobreviva la madre biológica impide la designación de tutor, hasta el momento del fallecimiento de aquélla (...), cuestión que debe resolverse en armonía con el principio fundamental recogido en el artículo 2 de la LOPJM, que proclama el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por otro lado, analiza el problema de la subsistencia de la patria potestad que mantiene la madre del menor. El Tribunal llega a la conclusión de que la existencia de la patria potestad por parte de la madre es irrelevante, ya que el incumplimiento reiterado de las obligaciones y “ante la discordancia entre la situación legal indicada y la situación real concurrente, caracterizada por un continuado y total incumplimiento por parte de la madre de los deberes inherentes a la patria potestad establecidos en el artículo 154, la Sala estima que se debe atender al preferente beneficio e interés del menor y dentro de las amplias facultades que el artículo 158 atribuye a los Tribunales, entiende que procede la adopción de las medidas cautelares adecuadas para atender a las necesidades del menor, y acceder al nombramiento de tutor, en la medida que tal designación habrá de redundar en beneficio del menor referido, poniéndolo bajo el cuidado de quien velará por su persona y bienes en los términos previstos por la Ley” (FJ 3º).

La Audiencia Provincial continúa afirmando en el FJ 4º lo siguiente: “Puesto que el nombramiento de tutor en la forma ordinaria no es incompatible con las situaciones de desamparo y acogimiento, según se deduce del tenor del artículo 239 del CC, y la ausencia en ignorado paradero de la madre biológica no puede constituir un obstáculo para la adopción de las medidas convenientes al interés del menor, reputándose que la designación de tutor ha de redundar en beneficio del menor, por cuanto se concentrarían así en una sola persona cuantas facultades de representación, guarda y custodia establece la Ley, y puesto que la persona a designar es la abuela paterna, quien ha venido atendiendo al menor durante los últimos años y con la que este se halla plena y satisfactoriamente integrado, según resulta de los informes de seguimiento procedentes de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Principado de Asturias, ha de accederse a lo solicitado”.

En último lugar, en cuanto a si cabe la posibilidad de que los progenitores del menor ya declarado en desamparo por la AP, pudieran designar un tutor o guardador legal, teniendo en cuenta que no han sido privados de la patria potestad, tal y como establece el art. 170 del CC, ya que no ha habido sentencia que declare la extinción, sino que, únicamente ha sido suspendido el ejercicio de la misma y siguen ostentando la titularidad de la misma, siendo imposible tal supuesto, ya que se consideraría una acción incluida en el ejercicio de la patria potestad, el cual ha sido suspendido al asumir la AP la tutela *ex lege*.

No obstante, si los padres nombran a una persona como tutor de su hijo biológico, y a su vez el menor insta un procedimiento de tutela ordinaria, existe la posibilidad de que esta petición sea estimada, siempre y cuando beneficie al menor. En el caso de no ser estimada, el nombramiento de tutores por parte de los titulares de la patria potestad cuando se encuentra suspendida como consecuencia de la declaración de desamparo no sería posible, ya que una vez declarado el desamparo y asumida la tutela *ex lege*, se priva a los padres de cualquier derecho que pudieran ostentar sobre sus hijos.

No es justo, acogiéndonos al art. 172.1 del CC, privar a los progenitores de la convivencia con sus hijos biológicos y de los demás poderes sobre ellos si la inadecuada actuación por parte de los padres es por razones económicas o por problemas de salud. Sin embargo, hay dos razones que impiden una interpretación flexible del desamparo en el CC. Primera, con la expresión “de hecho” se dirige a atender a datos externos, sin entrar a analizar causas ni intenciones, perjudicando con ello a quien no tiene culpa. Y, en segundo lugar, con la expresión “cuando queden privados”, perjudicando a padres y tutores, cuando actúen de manera incorrecta en una situación concreta para con el menor. A pesar de ser de forma transitoria, la declaración de desamparo es porque se produce una falta de asistencia, aunque sea sin voluntad.

La respuesta aparece en el CC, art. 222.4: estarán sujetos a tutela de la AP los menores que se hallen en situación de desamparo; por otro lado, el art. 229 del CC obliga a promover la constitución de la tutela a favor de la persona que guarde al menor. Continuando con el art. 231 del CC, el Juez constituirá la tutela previa audiencia de las personas que estime oportunas y el menor, siempre y cuando sea lo suficientemente maduro y sea mayor de 12 años. Y finalmente, el art. 234.1 del CC, contiene el orden de preferencia de las personas a las que correspondería ejercer la tutela del menor.

Por su parte, la Sala de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2009 (JUR 2010, 22389) razona que la exclusión de los parientes en el caso de la asignación de la tutela del menor, y con ello, el nombramiento de terceros, en solo sería justificable en el caso de que los datos y pruebas sean suficientes y justifiquen que tal designación sea beneficiosa para el menor.

10. LA ADOPCIÓN

10.1. La adopción y sus características

Es en el Derecho romano donde encontramos los antecedentes históricos de la adopción. La *adoptio* y la *adrogatio* eran medios por los que se incorporaba un extraño a la familia, en muchos casos, con fines políticos ya que se pretendía con ello conseguir un heredero de la riqueza y bienes familiares. Se trataba de una paternidad ficticia, en la que se distinguía entre *adoptio plena* (cuando se trataba de un descendiente que no tenía vínculo de patria potestad con su *pater*) y *minus plena* (cuando se trataba de un extraño, teniendo sólo efectos hereditarios, no creándose ni el vínculo de patria potestad ni la incorporación del adoptado a la familia agnaticia del adoptante).

Su práctica se retomó con el inicio de la Revolución Francesa, con finalidades político-sociales. En sus comienzos se presentó con matices de modernidad, asimilándose a la institución de la adopción actual, cuya finalidad principal era asistir a los menores desamparados. Con la pérdida de las ideas revolucionarias se consigue que la finalidad principal de la adopción sea el interés del menor.

En lo que se refiere al Derecho español, encontramos su origen en la V Partida de Alfonso X y en el S. XIX, en los arts. 133 y 141 del Proyecto isabelino de CC de 1851, sin embargo, con carácter residual por su escasa práctica y la influencia del Code Napoleón.

Antes de las sucesivas reformas del CC, la adopción no determinaba la ruptura total del adoptado con su familia natural; tampoco le atribuía los derechos sucesorios, ni transmitía al adoptado los apellidos del adoptante. Por otro lado, la edad para adoptar era de 45 años, bastante elevada y se prohibía adoptar a quien tuviera ya hijos o descendientes legítimos¹¹⁴.

Con las sucesivas reformas legales, lo que se ha pretendido ha sido fortalecer el vínculo adoptivo y la equiparación de la filiación adoptiva y por naturaleza.

En la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del CC, se establecía el vínculo de parentesco. De esta manera se mejoraba el estatus jurídico del hijo adoptivo, pero sin asimilarse todavía al del hijo natural. Por otro lado, se distinguió entre adopción plena, que suponía la atribución del derecho a los apellidos y a los derechos sucesorios *ex lege* iguales que los hijos naturales, y adopción menos plena, con una estructura contractual.

A continuación, la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del CC, sobre adopción, estableció un régimen jurídico nuevo para la adopción, mejorando la posición jurídica del hijo adoptivo, además

¹¹⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons, pág. 439.

del fortalecimiento entre adoptante y adoptado. Sin embargo, todavía se mantuvieron las limitaciones sucesorias del hijo adoptivo.

Bien es cierto que nuestra CE no dedica ningún artículo a la institución de la adopción. Sin embargo, todo el ordenamiento jurídico sobre la adopción debe basarse y se basa, en el conjunto de principios y valores que afectan a la familia y a la protección de la misma por parte de los poderes públicos, recogidos en los arts. 14 y 39 de la CE.

El régimen jurídico actual de adopción en el Derecho español debe su origen, en gran medida, a la Ley 21/1987, siendo modificada posteriormente por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, construyendo un nuevo régimen impulsado por los imperativos constitucionales, representando un cambio radical. Esta modificación supuso un cambio radical y la adopción se convirtió en una institución jurídica con una doble naturaleza: por un lado, una clase de filiación y, por otro lado, una forma de protección del menor, otorgándole al menor adoptado los mismos derechos que a un hijo de sangre, siendo así la forma de protección más radical e integral del menor en todo el ordenamiento jurídico español.

Este tipo de filiación se contrapone a la filiación por naturaleza, pero tiene los mismos efectos. Por otro lado, como forma de protección, se contrapone al acogimiento familiar, aunque presenten una misma apariencia, este tipo de protección conlleva una integración plena del adoptado en la familia del adoptante, rompiendo los vínculos con su familia de origen¹¹⁵.

El objetivo fundamental de la Ley 21/1987 era reconducir la adopción al cumplimiento pleno de su función social, para beneficiar a los menores que se encontraban en una situación de peligro; así se establecía en su exposición de motivos. Pese a la modernización del CC que tuvo lugar en 1970 y a los buenos propósitos del legislador, es necesario reconocer que el régimen hasta entonces vigente no había llegado a satisfacer plenamente la función social que debía cumplir esta institución. Esto era consecuencia de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que el paso de los años había puesto de relieve.

En la legislación anterior se observaba una falta de control de las actuaciones que dan lugar a la adopción del menor. La concreción de este tipo de situaciones es necesaria si se pretende cumplir la finalidad social de protección de los menores que no cuentan con una vida familiar. Esta ausencia de regulación daba paso al tráfico de niños o a la inadecuada selección de los adoptantes. A pesar de lo anterior, también tenían lugar otro tipo de inconvenientes como la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores

¹¹⁵ BARBER CÁRCAMO, R. (2011). "La filiación adoptiva", en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. V: La relaciones paternofiliales (I)*. Aranzadi, Cizur Menor, pág. 511.

de edad y la existencia de la adopción simple¹¹⁶, eso sí de escasa trascendencia jurídica y sólo utilizada para fines marginales.

Según la exposición de motivos de la Ley 21/1987 se pretendía basar la adopción en dos principios fundamentales: por un lado, la configuración de la institución de la adopción como un instrumento de integración familiar, dirigido a los más necesitados; y, por otro lado, sobreponer el beneficio del adoptado, con el equilibrio adecuado, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución de la adopción.

Los fines de la integración en una nueva familia que se lleva a cabo en el proceso de adopción en interés del menor se alcanzan mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia natural.

El primero de los principios señalados anteriormente, lleva consigo que la adopción sólo cabrá para los menores de edad y en supuestos excepcionales establecidos legalmente. Se convierte en una institución no imprescindible y se regula con detalle en el CC, concretamente en los arts. 175 a 180.

De ahora en adelante, la adopción no se limita a un negocio privado entre el adoptante y los progenitores del menor, sino que a través de un proceso de selección objetivo por parte de las autoridades públicas se trata de seleccionar al adoptante. De este modo se contribuye a la supresión de intermediarios poco fiables y posibles peligros para el menor. La pieza clave de esta nueva regulación pasa a ser las instituciones públicas o las privadas que colaboren con estas, ya que se les encomiendan las propuestas de adopción. En cuanto al procedimiento de adopción sigue siendo de carácter judicial y se mantiene la intervención del Ministerio Público.

Cabe destacar el fortalecimiento de la adopción que se intuye de la nombrada Ley. Al desposeer la adopción del carácter contractual, pierde el sentido la conservación de la adopción simple.

Según LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA¹¹⁷, la adopción es: “todo acto de autoridad, en cuanto que acordada por la autoridad judicial competente, a través de la correspondiente resolución judicial, por el cual se constituye la relación de filiación entre el/los adoptante/s y el adoptado”.

Uno de los grandes avances que se introducen en nuestro ordenamiento jurídico es el art. 180 del CC, introducido por el apartado 4 de la Disposición Final de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional¹¹⁸. Esto es

¹¹⁶ Este tipo de adopción es la que genera solo derechos y deberes entre el adoptante y el adoptado, pero no crea relación alguna de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante.

¹¹⁷ LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, A. (2008). “Adopción”, en *Enciclopedia Jurídica*. Madrid: La Ley, pág. 35.

¹¹⁸ Apartado 4, Disposición adicional primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Se adiciona un nuevo número al artículo 180 que queda redactado en los siguientes términos: 5) “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su

porque supone un importante paso para garantizar el mayor número de derechos para el menor, en tanto que permite que el menor mantenga conexión con su familia de origen.

Como se puede observar, la institución de la adopción supone la ruptura inmediata con el principio de permanencia en la familia natural, ya que el menor queda desplazado de su familia de origen como regla general. Sin embargo, con la Ley de adopción internacional, se da una nueva oportunidad a la aplicación, si bien parcial de dicho principio, al permitir la relación del menor con su familia natural, este es el caso de la adopción abierta en la que los padres biológicos y los padres adoptantes conocen la identidad de unos y otros.

Con posterioridad a la Ley de adopción internacional, el 13 de julio de 2011 se publica el Instrumento de ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Siguiendo a GARCÍA ABURUZA¹¹⁹ este Convenio “impone una serie de cambios significativos en el instituto de la adopción en nuestro país. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que dicho Convenio ostenta una posición privilegiada dentro del sistema de fuentes español, ocupando en la escala jerárquica de las mismas el segundo lugar inmediatamente después de la propia CE prevalece sobre el Derecho interno, el cual no puede contradecirlo, por lo que la normativa sobre adopción contenida en los arts. 175 a 180 CC ha de adaptarse al mismo”.

10.2. Requisitos de los adoptantes

Las normas establecen los requisitos para constituir una relación jurídica paterno-filial fundada en la adopción. La determinación de los requisitos de capacidad que se exigen para poder adoptar es competencia del legislador civil.

En primer lugar, los aspirantes deben ser “idóneos” para adoptar. La idoneidad, según el art. 176.3 del CC es “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”.

Partiendo del artículo anterior, el art. 175.1 del CC, cuando establece los requisitos mínimos necesarios, alude únicamente a la edad¹²⁰. En este punto, es

minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”.

¹¹⁹ GARCÍA ABURUZA, M.P. (2013). “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, pág. 135.

¹²⁰ Art. 175.1 del CC: La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando

preciso señalar que la Ley 21/1987, suprimió el requisito de la capacidad, el cual estuvo en vigor hasta el año 1970. Opera VARGAS CABRERA¹²¹ que “la supresión responde a los criterios de permisibilidad y flexibilidad que, en interés del menor, se esbozan en los nuevos preceptos, pero, en cualquier caso, el límite legal lo constituye la necesaria capacidad para prestar el consentimiento por sí y con plena conciencia, esto es, la capacidad de obrar y, por ello, no podrán adoptar quienes se encuentren en situación de incapacidad total conforme el art. 200 CC”.

El CC únicamente exige que la edad mínima del adoptante sea de 25 y 45 años, con una diferencia de edad con el adoptado entre 16 y 45 años (en la redacción original del CC la edad mínima era de 45 años, después pasó a los 30, y una diferencia con el adoptado de 14 años). Por otra parte, contempla el caso de que sean dos los adoptantes y que solo uno de ellos cumpla con este requisito de edad. De este modo existe una doble exigencia en cuanto al requisito de la edad.

En nuestro ordenamiento jurídico, la idoneidad se recoge como un requisito novedoso en la LOPJM. La idoneidad supone un requisito general para todas las adopciones y es el art. 176 del CC el que establece su significado. Tal y como se aprecia en el preámbulo de la LOPJM, la idoneidad, como requisito del adoptante, habrá de ser apreciada por la AP, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso.

De este modo, es la propia AP la que valora la idoneidad de los adoptantes antes de formular la propuesta de adopción. Los adoptantes deben estar a la espera de que la AP formule la propuesta al órgano judicial competente, en función de unas listas de espera de candidatos idóneos para la adopción, y de un orden de presentación de solicitudes en el procedimiento administrativo correspondiente.

La idoneidad, finalmente, quedará materializada en una declaración o resolución administrativa de idoneidad de los solicitantes. Una vez queda realizada por la AP, el Juez entra a valorar la idoneidad declarada o no de manera administrativa y se pronuncia confirmándola o rechazándola¹²².

La idoneidad se convierte en un requisito imprescindible en la previa valoración para la adopción de un menor de edad. Se trata de una garantía beneficiosa para el menor y es por ello que el control de la misma es doble, primero en vía administrativa y segundo, en vía judicial. Dado que el acto que

fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

¹²¹ VARGAS CABRERA, B. (1991). “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Fasc. II, págs. 174 y 175.

¹²² CASADO CASADO, B. (2007). “La idoneidad de los posibles adoptantes en el procedimiento de adopción de un menor de edad”, en *Diario La Ley*, núm. 4, pág. 2.

otorga la idoneidad final para que se produzca la adopción es por vía judicial, por esta misma vía puede denegar la constitución de la adopción si se estima que los posibles adoptantes no reúnen los requisitos necesarios, aunque la AP mantenga el criterio contrario, ya que la valoración administrativa no vincula la decisión judicial.

Es evidente que para declarar la idoneidad de los adoptantes es necesario un proceso de investigación previo por parte de la AP. En este caso, la AP se centra en valorar aspectos tales como la personalidad, la salud y el entorno social del adoptante, su vida familiar, la disposición de su hogar, etc. con el fin de garantizar la máxima estabilidad tanto material como emocional del menor. Todo el proceso de investigación y evaluación para la declaración de idoneidad de los posibles adoptantes queda reflejado en una serie de informes de los equipos técnicos. El elemento fundamental de todo este proceso es el informe psicosocial realizado por el equipo de psicólogos y asistentes sociales dependientes de la AP de cada CCAA. Una vez que los futuros adoptantes son declarados idóneos, comienzan los trámites para organizar la adopción.

Bien es cierto que la valoración de la idoneidad queda sometida a cierto subjetivismo, mediante parámetros difíciles de aplicar cuando se trata de encontrar una familia que proteja, cuide, prepare y supla a la familia de origen del menor desde el punto de vista emocional.

10.3. Efectos de la adopción

Tal y como establece el art. 178.1 del CC “la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”. Este es un elemento indispensable para lograr la finalidad principal de la adopción, que es, como expresa la exposición de motivos de la Ley 21/1987, la integración del adoptado en el núcleo familiar del adoptante.

Más concretamente, la ruptura de los vínculos con la familia anterior, ya sea natural o adoptiva, implica: primero, la extinción de la patria potestad que tenían los anteriores padres sobre el adoptado; segundo, la pérdida de los apellidos de la familia anterior y tercero, la desaparición de los derechos y obligaciones de su familia anterior (el derecho y la obligación de alimentos y los derechos sucesorios).

Por otro lado, el art. 178.2 del CC contempla supuestos en los que permanecen ciertos vínculos con la familia paterna o materna, si bien no se produce de modo automático, ya que dicha subsistencia debe ser solicitada por el adoptante, el adoptado mayor de 12 años y el progenitor único legalmente determinado cuyo vínculo ha de perdurar. De ello podemos deducir que debe de existir acuerdo entre todos los afectados para que subsistan dichos vínculos. Aunque la comprensión del precepto puede dar a entender que, si se cumplen los requisitos legales, el juez está obligado a declarar la subsistencia de los

vínculos con la familia anterior, el juez deberá tener en cuenta el interés del menor, pudiendo extinguir dichos vínculos.

Lo anterior se encuentra en consonancia con lo previsto en el art. 11.3 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, al establecer que: “en lo que concierne a la ruptura del vínculo jurídico existente entre el menor y su familia de origen, los Estados Partes podrán prever excepciones para cuestiones tales como el apellido del menor, los impedimentos para el matrimonio o el registro de una pareja de hecho”.

Continuando con el art. 178 del CC, en su apartado 4 permite que el menor mantenga algún tipo de relación con su familia de origen, favoreciendo especialmente la relación entre los hermanos biológicos, siempre que el interés del menor lo aconseje. En este caso, será el juez el encargado de constituir la adopción, el que acuerde esta relación y cómo se va a llevar a cabo. Será precisa la propuesta de la AP o del Ministerio Fiscal y el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. Para el desarrollo de tal relación o contactos, si fuere necesario se realizará con la intermediación de la AP o entidades acreditadas. Además, el Juez podrá acordar su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. A tales fines la AP trasladará al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos, a petición del Juez.

Por otro lado, es posible solicitar la suspensión de las visitas o comunicaciones, siempre y cuando esta solicitud se produzca por parte de la AP, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor, si tuviere suficiente madurez y si fuere mayor de doce años.

En el momento en que se produce la adopción del menor, el niño adoptado se convierte en un miembro más de la familia adoptante y gozará de los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo natural de la familia adoptante. Del mismo modo, el adoptante asumirá la responsabilidad parental respecto del menor adoptado, tal y como establece el art. 11.1 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores.

A la hora de incidir en los efectos que produce la adopción del menor por parte de la familia adoptiva, procede aplicar el principio de equiparación de filiaciones del art. 108 del CC: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Los principales efectos de la adopción atienden a la esfera personal, y se refieren a la patria potestad, los apellidos, la nacionalidad, la vecindad civil y el parentesco. En cuanto a la patria potestad, cuando el adoptado es un menor de

edad no emancipado, el adoptante o adoptantes asumen la titularidad de la patria potestad, siendo idéntica a la de la paternidad natural y extinguiéndose la de los padres naturales. En cuanto a los apellidos, el art. 109 del CC establece que “la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley”, por lo que el adoptado ostentará los apellidos de los adoptantes. Continuando con la nacionalidad, el art. 19 del CC dispone que un menor extranjero que sea adoptado por un español adquiere, desde que se produce la adopción, la nacionalidad española de origen. En lo referente a la vecindad civil, el art. 14.2 del CC establece que “por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes”. Por último, en lo que respecta al parentesco, la adopción no supone sólo la adquisición del *status filii*, sino también el *status familiae*¹²³, y por ello los descendientes y parientes del adoptado se convierten en parientes de los familiares del adoptante.

El segundo bloque de efectos, los patrimoniales, consisten en la prestación de alimentos y los derechos sucesorios. En cuanto a la prestación de alimentos, el CC no contempla ninguna disposición especial en la que se regule la obligación de alimentos entre parientes con motivo de la adopción. Podríamos afirmar que surgen los derechos y obligaciones de alimentos entre el adoptante y el adoptado, en virtud del principio de equiparación de filiaciones, ciñéndose a las disposiciones de los arts. 142 y siguientes. Y en lo que se refiere a los derechos sucesorios, hay que señalar que la adopción extingue los derechos sucesorios que existían entre el adoptado y su familia anterior, salvo en los supuestos establecidos en el art. 178.2 del CC.

10.4. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos

En la mayoría de los casos, el menor adoptado pierde cualquier referencia a los orígenes biológicos, sin que quede rastro de su vida anterior. En este punto, se plantea la posibilidad de que el adoptado quiera conocer sus orígenes biológicos.

El derecho del menor adoptado a conocer sus orígenes biológicos se encuentra reconocido en el art. 180.5 del CC, tras su introducción por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, estableciendo que: “Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente”.

¹²³ SERRANO GARCÍA, I. (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 593.

El fundamento de este derecho se encuentra en la conciencia actual sobre lo importante que es para el desarrollo de la identidad del menor que este tenga noticias e información sobre su familia natural. El origen de este derecho se encuentra en las sucesivas investigaciones psicológicas que defienden la construcción de una filiación adoptiva abierta. Desde el punto de vista jurídico, representa una consecuencia lógica, constituyendo una vertiente necesaria del derecho del adoptado, pudiendo así ejercitar las acciones pertinentes con el fin de conocer sus orígenes.

Que la legislación reconozca al adoptado el derecho a conocer sus orígenes biológicos supone un gran avance, aunque desde nuestro punto de vista no se trata de una cuestión consolidada ya que encontramos límites importantes al acceso a la información solicitada por el adoptado en la legislación de protección de datos de carácter personal.

10.5. El eventual retorno de un menor adoptado a su familia de origen

A continuación, a través del análisis de la siguiente sentencia comentaremos las consecuencias que conlleva el retorno del menor a su familia de origen.

En la STS de 31 de julio de 2009, la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha declaró en 2003 la situación de desamparo de una menor, basándose en el modo de vida de la madre biológica, en que la menor se encontraba en unas condiciones inadecuadas en la vivienda familiar y que no querían el apoyo de los servicios sociales. La posterior adopción de la menor se lleva a cabo a pesar de encontrarse la madre adaptada y con cierta estabilidad familiar, ya que presentaba un déficit en ciertas áreas cognitivas, en habilidades sociales y no tenía herramientas suficientes para educar a la menor, necesitando ayuda de otras personas y de los servicios sociales.

La tutela automática sobre la menor se formalizó en agosto de 2003, una vez se produjo el fallecimiento del padre en el mes de julio de 2003. Tras la declaración de desamparo se acuerda la prohibición del contacto de la menor con la madre biológica y se gestiona un acogimiento preadoptivo.

A continuación, por parte de la madre biológica, se produce la impugnación del desamparo y la asunción de tutela por la AP. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1, de Toledo se pronunció al respecto, desestimando la impugnación y acordando la constitución de su acogimiento preadoptivo, privando además a la madre y a la abuela biológica del derecho de visitas. Si se permitiese el régimen de visitas se crearía una estabilidad entre el menor y su familia biológica ocasionando una dudosa declaración de desamparo.

Posteriormente, la Audiencia Provincial de Toledo dictó nueva sentencia el 21 de noviembre de 2006, estimando el recurso de apelación interpuesto por la

madre biológica, revocando así el auto dictado en instancia y declarando la inexistencia de circunstancias para declarar el desamparo y el acogimiento preadoptivo de la menor, permitiendo a la madre biológica recuperar su custodia sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales de las medidas que se estimen oportunas para la adecuada reinserción en la familia natural. La Audiencia consideró que a tenor de lo dispuesto en el art. 39.1 de la CE, debe hacerse una interpretación restrictiva de este mismo artículo y que, en este caso, la Audiencia Provincial y el Juzgado de Primera Instancia no lo realizaron. De esta forma se señaló en la correspondiente sentencia: “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 solo 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”.

Por otro lado, la Audiencia, pone de manifiesto algunos aspectos del proceso, pero que resultan aplicables a la mayoría de casos con este mismo patrón: en primer lugar, la incorrecta actuación de la AP, que en vez de intentar corregir la situación, aparta directamente a la madre biológica de la menor, prohibiendo todo tipo de contacto; en segundo lugar, la inexistencia de la gravedad que se necesita para que se lleve a cabo la declaración de desamparo de la menor (que no son, según la Audiencia, ni los problemas económicos, las desavenencias conyugales, ni la pobreza, ni la poca capacidad para gestionar los ingresos, los que implican desatención de la menor); y por último, el hecho de que la madre biológica haya tenido otro hijo con posterioridad a la declaración de desamparo de su primera hija y no conste en el expediente que se hayan adoptado medidas de protección ante la nueva maternidad; señala la Audiencia Provincial que si la madre se encontraba capacitada para mantener la custodia de un hijo recién nacido, es evidente que la mujer estaba en buenas condiciones para recuperar la custodia de su primera hija, al haber desaparecido las razones que justificaron su intervención.

Volviendo a la ya citada STS de 31 de julio de 2009, el Alto Tribunal concluye:

a) En relación con la posibilidad de que se produzca el cambio de circunstancias de los padres desde que se declare el desamparo del menor, establece que “es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la AP interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC¹²⁴, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al

¹²⁴ Actualmente, tras sucesivas modificaciones en el CC, se establece en el art. 172.2: “Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la

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) En relación con la valoración del desamparo y acogimiento impugnados, ponderando el interés del menor, en relación con la reinserción del menor en la familia de origen del art. 172 ter.2 ter del CC, el Tribunal 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”.

En relación con las dos cuestiones sobre las que gira el pronunciamiento del TS, a saber si procede o no analizar el cambio de circunstancias producidas en la familia de origen con posterioridad a la declaración de desamparo de la menor y, como, en este caso, debe ponderarse el interés del menor en estas circunstancias con el fin de valorar el posible retorno del menor a su familia biológica, el TS considera que han de tenerse en cuenta tanto las circunstancias existentes en el momento de declarar el desamparo como las circunstancias posteriores. El criterio que se ha seguido no es distinto al que se ha mantenido en otros casos con circunstancias similares. Creemos que una vez puesta en marcha la maquinaria por la AP para garantizar la urgencia y la actuación para evitar causar perjuicios al menor, se llega a un punto en el que por mucho que las circunstancias de la familia natural se modifiquen, es irreversible e imposible el retorno del menor. Un motivo evidente es el tiempo transcurrido ya que el desamparo es declarado en el año 2003 y la situación se resuelve de manera definitiva en junio de 2009, transcurriendo de una fecha a otra, 6 años.

Objetivamente, sobre la base de que ha de primar la defensa del interés superior del menor, podemos pensar que se resuelve de manera correcta. Sin embargo, con la solución a la que se llega se pone de manifiesto la incongruencia del sistema, declarando una situación de desamparo de no riesgo con la que se crea una situación de indefensión de los padres biológicos de la menor sin implicar, por ello, que quede salvaguardado el interés superior del menor.

suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”.

A la vista del pronunciamiento del TS, podríamos decir que en ningún caso se llegará a producir el retorno a la familia natural si a la madre y a la abuela biológicas se les priva de la posibilidad de visitar y comunicarse con la menor, si el proceso dura tanto tiempo y las personas que la acogen establecen vínculos afectivos y mantienen una estabilidad física y mental con la niña. Es evidente que por mucho que las circunstancias personales de la familia biológica de la menor hayan cambiado, nunca podrán competir en igualdad de condiciones con la familia actual, si se les ha privado de elementos cruciales para impedirlo: el tiempo transcurrido con la nueva familia, el desarrollo de vínculos afectivos con la misma y el inexistente contacto con la familia de origen. Todo esto supone, desde nuestro punto de vista, una situación de indefensión para con la familia biológica¹²⁵.

Lo complejo de la sentencia es que la resolución, atendiendo al interés superior del menor, no podría haber sido de otra manera, debido al tiempo que ha transcurrido desde el comienzo del proceso y teniendo en cuenta que, aunque se hayan establecido cauces diferentes para oponerse al desamparo y para el acogimiento, este tipo de procesos tienden a acumularse. Sin embargo, sin perjuicio de que esta sea la respuesta correcta, podemos llegar a pensar que el retraso en la resolución del caso y en la precipitación de la AP en la solución adoptada, genera para la familia natural una situación de indefensión frente a la familia de acogida que ha pasado todo este tiempo con la menor.

El problema de la reinserción en la familia de acogida frente al retorno a la familia de origen, viene regulado en el art. 172 ter.2 del CC, cuya redacción experimentó sucesivas alteraciones entre el contenido que le otorgó la Ley 21/1987, la que le confiere la LOPJM y lo que añade la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En su primera redacción se primaba la reinserción del menor en su familia de origen, siempre que ello redundase en interés del niño. La posterior redacción, parte de buscar el interés del menor en primer lugar: “se buscará siempre el interés del menor”, y “se procurará, cuando no sea contrario a tal interés su reinserción en la propia familia”. Finalmente, se confecciona el actual artículo 172 ter.2 del CC, priorizando la reinserción del menor en la familia de origen siempre que no sea contrario a su interés¹²⁶.

¹²⁵ Señala el FJ 6º de la citada sentencia: “(...) Estos principios (refiriéndose 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”.

¹²⁶ Art. 172 ter.2 del CC: “Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor

La introducción producida en el texto legal resulta esclarecedora en situaciones en las que debe quedar como prevalente la reintegración del menor en su familia de origen siempre que ello beneficie al menor y no a nadie más.

Así pues, podríamos establecer dos elementos que entran en juego en este terreno, con preponderancia del primero sobre el segundo: el primero de ellos, la búsqueda del interés del menor; y el segundo de ellos, procurar, cuando no sea contrario a este interés, la reinserción prioritaria del menor en su familia de origen.

Siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹²⁷, “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, así como por la errónea creencia, frecuente en muchos casos, de que “el interés de los niños se encuentra en proporcionarles los mejores padres, conducen en la práctica de nuestros tribunales a convertir el regreso a la familia de origen en un mero desiderátum, cuando no en una mera declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones llega a producirse”.

En este punto nos cuestionamos lo siguiente: ¿Cuándo debería producirse la vuelta del menor desamparado a la familia de origen? La respuesta es clara: cuando sea lo más adecuado al interés del menor, lo que nos conduce a otra cuestión: ¿Cuándo debe reintegrarse en todo caso dando por supuesto que se protege el interés del menor? Esta cuestión nos sitúa ante dos situaciones diferentes:

a) Por un lado, el menor debería volver a su familia de origen cuando cese la causa que originó la declaración de desamparo, entendiendo que tal situación está prevista como algo provisional. Prueba de ello, el art. 172.2 del CC, que 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 de la misma 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 volver a su familia natural cuando se revoque judicialmente la declaración de desamparo, si el juez estima inexistente la causa que motivó la AP.

Partimos de la reforma que introduce la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Se trata de dos supuestos diferenciados que no deberían confundirse, pero que recientes resoluciones de los tribunales mezclan. Son diferentes porque el primero implica que la causa de desamparo existió, pero las circunstancias que lo motivaron han cambiado, y el segundo supone que la AP se equivocó en su apreciación, ya que la causa nunca existió como

en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”.

¹²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999). “¿Protección de menores «versus» protección de progenitores?”, en *Aranzadi Civil*, págs. 12-13.

tal. Ambas circunstancias son fáciles de confundir y cuando se suma el paso del tiempo, el retorno del menor supone un hecho imposible.

11. CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS POR SU ANORMAL FUNCIONAMIENTO

Es común en los ordenamientos jurídicos modernos que el Estado pueda responder frente a los particulares por el mal funcionamiento de la AP. Como establece el art. 9.3 de la CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. A raíz de este artículo cabe exigir la responsabilidad de la AP ante el anormal funcionamiento de los poderes públicos.

La responsabilidad de la que habla este artículo no se trata de la patrimonial sino de la responsabilidad política. Constituye la referencia directa a la obligación de los poderes públicos de dar cuenta de su gestión y responder de la objetividad de la misma. Todo ello se ajusta a la responsabilidad que ostentan los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta la de los menores. Sin embargo, hay ocasiones en que esta responsabilidad es desempeñada de forma irregular y defectuosa, y como consecuencia de ello surge la obligación de responder ante los particulares reparando el daño ocasionado.

Una declaración incorrecta de desamparo, con el consiguiente desplazamiento del menor de su familia biológica, podría dar lugar a un daño moral, fundado en el funcionamiento anormal de la misma, siendo responsable del daño que ha ocasionado la AP competente.

Por su parte, en la STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145) el alto tribunal consideró que el daño moral es el sufrimiento físico o espiritual producido por una agresión directa al acervo extra patrimonial o a la personalidad, y su reparación no trata de cubrir una pérdida material, sino trata de producir una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha ocasionado.

Teniendo en cuenta que uno de los deberes de la AP es la protección de la infancia, se contempla la posibilidad de que un particular exija responsabilidad a la AP ante los perjuicios ocasionados por el funcionamiento anormal en materia de protección de menores.

En estos casos, el parámetro que se utiliza para poder evaluar el incorrecto funcionamiento será siempre el interés superior del menor, un concepto jurídico difícil de determinar por ser problemático. No obstante, teniendo en cuenta que el criterio del interés del menor no es el único, debe ser compatibilizado en la medida de lo posible con el principio de permanencia del menor en la familia de origen. Veamos seguidamente cómo ha sido abordada tal cuestión por la jurisprudencia.

Por un lado, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª) de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 461) declaró la inexistencia de

responsabilidad administrativa al acreditar que la tutela *ex lege* en el momento adecuado, además de existir resoluciones judiciales en las que se ratificaba la declaración de desamparo, no existiendo así antijuridicidad. De modo que en su FJ 3º, el TS establece que “efectivamente, nuestra Sala tiene dicho (Sentencia de 10 de octubre de 1997 –RJ 1997, 7437) que ‘el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que este no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, ‘un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga’”. Continúa el TS diciendo que “la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (STS 13 de enero de 2000)”.

Finalmente, el TS entiende que la conducta de los progenitores en el momento en el que se declara el desamparo no alcanza un grado de seguridad suficiente que satisfaga las necesidades del menor y es por eso por lo que la medida de protección más adecuada era el acogimiento preadoptivo.

Para el TS la incapacidad de los padres y los riesgos que pueda ocasionar al menor, constituyen la justificación de la intervención administrativa y de la adopción de medidas que traten de proteger al menor en aras del interés superior del niño. Ello implica que el juicio sobre lo acertado o no de la solución adoptada no puede hacerse retrospectivamente, cuando la situación de los padres evolucione de manera favorable. Tal actuación debe venir referida a las circunstancias concurrentes en ese momento. Y de esta perspectiva es indudable que los progenitores, reclamantes de responsabilidad administrativa, deben de soportar la pérdida de la custodia del menor y el riesgo de que dicha pérdida se convirtiera, en definitiva, siendo de modo alguno exigible a la Administración que mantenga al menor y vele por su interés sin proporcionarle una familia de acogida, a la espera de una posible evolución favorable.

En este sentido, debemos destacar que es habitual que nuestros órganos judiciales tienden a justificar la actuación que lleva a cabo la AP y, por consiguiente, no estiman las pretensiones indemnizatorias.

Ahora bien, un caso especial lo encontramos en la STC (Sala Segunda) de 21 de enero de 2008 (RTC 2008, 11)¹²⁸. En ella se declaró mediante un

¹²⁸ Los menores nacieron, uno el 22 de febrero de 1991 y el otro, el 13 de febrero de 1992. En 1996 se produce el ingreso de los mismos en el Centro de Acogida de la Diputación provincial de Sevilla por hallarse en estado de abandono y junto a ello se declara la situación de desamparo (los menores tenían en este momento, 6 y 5 años respectivamente). En 1997 se acuerda el acogimiento provisional de los menores con familia sustitutoria al descartarse el acogimiento por parientes. En el año 2000 se acuerda la reinserción de los menores con la madre. En 2002 se declara la imposibilidad de ejecución de lo acordado y se ordena el inicio del expediente para la

procedimiento civil la imposibilidad de ejecutar la sentencia que establecía la entrega para la guarda y custodia de unos menores tutelados por la AP bajo guarda en régimen de acogimiento, a la madre biológica. Finalmente se ordenó la determinación de la indemnización sustitutoria acordada en razón de la imposibilidad de la ejecución.

Como recoge la citada STC, el criterio rector que debe orientar la decisión sobre su régimen de guarda y custodia tal y como recoge el FJ 2º de la STC de 19 de abril de 2004 (RTC 2004, 71) 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”.

De este modo y de manera acertada, el TC identifica el interés del menor con el de la madre, puesto que ella entiende más beneficioso que sus hijos pasen de nuevo bajo su guarda y custodia tras su rehabilitación.

La propia STC dispuso en su fallo que disponga la reintegración de los menores bajo la guarda y custodia de la madre biológica. Pero atendiendo al propio interés de los menores, declaró a su vez la imposibilidad de lo acordado por el transcurso del tiempo desde que se produjo la separación. Ello condujo a la Sala a ordenar la indemnización, procediéndose a efectuar una valoración económica del contenido.

Ahora bien, el problema estriba en cuantificar la indemnización pues deberá tenerse en cuenta la peculiaridad del objeto de ejecución en atención al restablecimiento del ejercicio de la patria potestad suspendida por la declaración de desamparo y la ausencia de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores.

Todas estas circunstancias hicieron que la determinación del contenido indemnizatorio fuera complejo. Es el juez el encargado de precisar mediante la integración de normas, conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el valor que entraña la imposibilidad de devolución de los menores a su madre. Y así es como la Audiencia Provincial de Sevilla llegó a establecer como indemnización un millón de euros.

A nuestro entender, la AP no debería haber sido la única responsable, de manera que el pago de la indemnización debería haberse distribuido proporcionalmente y de forma individualizada entre cada uno de los responsables que hicieron imposible devolver a los menores.

determinación de la indemnización sustitutoria. Hasta 2008 no se resuelve finalmente la cuestión como se indica.

Como puede apreciarse, el paso del tiempo resulta un factor perjudicial en el sistema de protección de menores y ello, junto a la lentitud de la Administración de Justicia no facilita evitar tal problema. Es por esta razón por lo que la responsabilidad no puede ser imputable exclusivamente a la AP, sino también a la propia Administración de Justicia.

12. LA PROTECCIÓN DEL MENOR MEDIANTE EL FORTALECIMIENTO DE LAS FAMILIAS Y LA AYUDA A SU RECUPERACIÓN INTEGRAL

12.1. Significado y clases de medidas de protección de menores

La CE enumera en el Capítulo III del Título I los principios rectores de la política social y económica, haciendo mención en primer lugar a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta con especial atención a los menores, como ya hemos mencionado anteriormente y tal y como establece el primer párrafo del punto primero de la Exposición de Motivos de la LOPJM.

Por tanto, para abordar el significado del concepto de medida de protección del menor partimos de la necesidad social y del deber constitucional de proteger al menor mediante la intervención administrativa. No obstante, antes de adentrarnos en el estudio de las medidas de protección del menor es necesario analizar la razón de dicha necesidad de protección.

Los primeros años de vida de una persona tienen mucha importancia en el desarrollo psicológico de la misma, ya que es durante este periodo cuando se desarrollan sus expectativas y actitudes. En este periodo de tiempo son necesarios para el menor tanto los cuidados físicos, como lo son una nutrición adecuada o cuidados médicos imprescindibles, como los cuidados psicológicos, como lo es el contacto con personas que le ayuden a evolucionar y desarrollar su personalidad. En el supuesto de que tales necesidades no sean satisfechas, las consecuencias abocan a generar jóvenes y adultos con problemas para participar en el orden social establecido.

En palabras de DÍEZ GARCÍA¹²⁹, la finalidad de las medidas jurídicas de protección es amparar y defender a los menores cuando se ven inmersos en una situación excepcional de desprotección, pero ello no implica modificar una determinada realidad económica y social en la que estos se encuentran sumergidos, aunque existan personas que puedan ofrecerles mejores condiciones materiales que contribuyan de forma positiva a su cuidado. Por tanto, aunque la situación en la que se encuentre el menor sea muy grave o se prevea que vaya a ser definitiva, se procurará mantener al menor en su entorno familiar. Por tanto, las dificultades económicas de los progenitores no son causa que pueda justificar la decisión administrativa de alejar al menor de su familia de origen.

Así lo consideró la SAP de Alicante, de 21 de abril de 2009 (JUR 2009, 304441): "(...) salvo los supuestos de violación de los derechos del menor, las opciones educativas, culturales y económicas de los progenitores no pueden ser objeto de corrección por el Estado. De lo contrario, se correría el riesgo en aras

¹²⁹ DÍEZ GARCÍA, H. (1999). "Desamparo de menores y acogimiento", en *Aranzadi Civil Mercantil*, pág. 2248.

del principio de igualdad de tener que amparar y tutelar a un importantísimo número de menores con ejemplos paternos alejados de las tesis oficiales”.

Pero en este punto es realmente importante el papel de los poderes públicos. Además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones asistenciales y de protección del menor, están obligados a asegurar a los responsables de la patria potestad del menor que lleven a buen término sus deberes, de modo que, en el momento en que detecten que el menor es víctima de una falta de asistencia, deberán intervenir y adoptar las medidas correspondientes para que cese tal situación.

Ahora bien, algunas de las principales dificultades que ponen en peligro los objetivos de protección de los menores, se den en aquellas familias desestructuradas por falta de medios económicos o circunstancias personales de los progenitores que impiden a estos poder hacerse cargo de sus hijos sin peligro adecuadamente.

Como contrapartida, cada vez son mayores los medios que dispone la sociedad para dar respuesta a las necesidades que demandan estos sectores de la población, siendo cada vez mayor el número de personas y organismos implicados. Como también es mayor el número de personas y organismos implicados en la búsqueda de soluciones, permitiendo así afrontarlas con diversas medidas cada vez menos traumáticas, que permiten que los menores puedan seguir conviviendo con su familia natural.

Nuestra LOPJM enumera en su Título II las actuaciones administrativas que se llevarán a cabo cuando el menor se encuentre en una situación de desprotección. En su art. 12 establece que las AAPP protegerán al menor mediante la adopción de una serie de medidas que consisten en prevenir y reparar las situaciones de riesgo, mediante el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin.

Como señala la STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2362), en su FJ 4º, la protección del niño “tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 C.c.), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales”.

Conforme a ello, las medidas a adoptar por la AP se pueden clasificar en dos grandes grupos. Uno, el de aquéllas que no requieren la separación forzosa del menor de su medio familiar, y otro, medidas que llevan aparejada la asunción

de tutela por la AP y suponen la salida obligatoria del menor de su familia de origen.

El primer grupo de medidas tienen como finalidad evitar la producción de una situación de peligro para el menor. Las medidas que se contemplan para esta finalidad se basan principalmente en el apoyo técnico y económico de las familias. El apoyo técnico consiste en intervenciones de carácter social a favor del menor y de su familia, con el fin de prevenir situaciones de desarraigo familiar, así como a la reinserción del menor en ella, muchas veces mediante actividades de ayuda a domicilio. Por otro lado, el apoyo económico trata de ayudar a las familias que carezcan de recursos suficientes para la atención de las necesidades básicas de los menores. La actuación administrativa debe garantizar los derechos de asistencia al menor, orientándose a disminuir los factores de riesgo que puedan encontrarse y a promover los factores de protección del menor en su familia.

Según DÍEZ GARCÍA¹³⁰, en determinadas ocasiones, las medidas de protección al menor pueden llegar a convertirse en instrumentos de protección de la familia, al canalizarse a través de las correspondientes ayudas, asesoramiento, apoyo técnico, etc. Es por esa razón por la que se articula como criterio que permite solucionar algunas situaciones la guarda asistencial o administrativa del art. 172.4 del CC, que supone la separación transitoria del niño a la espera de que se resuelva la coyuntura para regresar con la familia de origen una vez superado el problema.

En cuanto al segundo grupo de medidas de protección que implica la salida del menor de su ámbito familiar, son aquellas que suponen la asunción de la tutela del menor por parte de la AP y consisten en la guarda provisional, el acogimiento o en la propuesta de adopción del menor.

12.2. Las políticas de protección de la familia: principios, objetivos y situación actual

El art. 11.2 de la LOPJM establece la preferencia del menor en la actuación de los poderes públicos. Del mismo modo se refleja explícitamente en el art. 9 de la Convención de Naciones Unidas (NNUU)¹³¹ y mediante este reconocimiento legislativo se consagra en los ordenamientos internos.

¹³⁰ DÍEZ GARCÍA, H. (2013). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pág. 1785.

¹³¹ Art. 9 de la Convención de Naciones Unidas: 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la

Ya el 2º objetivo del II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA)¹³², elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, pretendía avanzar en la promoción de políticas de apoyo a las familias en el ejercicio de sus responsabilidades en el cuidado, educación y desarrollo integral de los niños. Para ello se parte de una de las observaciones finales que realiza el Comité de Derecho del niño de NNUU a España, en 2010: “Redoble sus esfuerzos por prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación. También recomienda que se vele por que se satisfagan las necesidades de todos los niños y que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que ningún grupo de niños viva por debajo del umbral de la pobreza. El Comité recomienda igualmente al Estado parte que refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo, para apoyar a los padres y los niños en general, y que preste apoyo adicional a las familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y aquellos cuyos padres están desempleados”.

Es evidente que esta recomendación parte de una necesaria política de apoyo a la familia que favorezca la conciliación de la vida familiar y laboral, que ponga en valor los servicios de apoyo a la familia y que atienda prioritariamente a las familias con necesidades especiales.

Sin embargo, el gasto social en protección familiar en España sigue siendo uno de los más bajos de Europa. El II PENIA analiza los datos que Eurostat publica sobre el diferencial que existe entre España y la UE en porcentaje de gasto destinado a la ayuda familiar, siendo de 2'77 puntos. En el año 2009 ese diferencial se redujo en 1'83 puntos. En términos de % de PIB, la media de la UE en gasto de protección familiar en 2009 se situaba en 2'26% y en España se alcanzó el 1'51%, uno de los porcentajes más bajos de la UE.

Es obvio que la familia supone el eje fundamental en una sociedad, siendo el medio natural donde el menor debe crecer y formarse hasta su madurez. Así

oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

¹³² Desde finales de 2017, se ha adjudicado el proyecto de elaboración del III Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (III PENIA) 2018-2021. Actualmente todavía se espera su publicación.

lo contempla la Resolución 64/142 de la Asamblea General de NNUU, aprobada el 18 de diciembre de 2009 y que lleva por título “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” (A/RES/64/142), al entender que la familia es el núcleo de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, bienestar y protección de los niños. Por tanto, los esfuerzos deben ir encaminados a conseguir que el niño permanezca y vuelva bajo la guarda de sus padres o de otros familiares cercanos. La ya citada Resolución establece que la separación del niño de su familia de origen debería considerarse como última opción y ser temporal y por el menor tiempo posible. Del mismo modo, sigue diciendo que para prevenir la separación del menor de su familia “deberían elaborarse y aplicarse sistemáticamente criterios adecuados basados en principios profesionales sólidos para evaluar la situación del niño y la familia, incluida la capacidad real y potencial de la familia para cuidar del niño en los casos en que la autoridad o la agencia competente tenga motivos fundados para pensar que el bienestar del niño se encuentra en peligro”.

Y es que las políticas sobre familia son más eficaces cuando la consideran como una unidad y tienen en cuenta las necesidades de todos sus miembros. Este tipo de políticas tienen por objeto fortalecer la capacidad económica de los hogares, asegurar la independencia financiera y facilitar el equilibrio entre la vida laboral y familiar con el fin de ayudar a distribuir las funciones familiares y fomentar el desarrollo de los niños.

La justificación de esta intervención administrativa se apoya en el carácter subsidiario de la acción pública respecto de las responsabilidades que corresponden a quienes tienen los menores a su cargo. Por lo que solo en el caso de que incumplan sus deberes para con el menor, se aplicarán las medidas de protección y se producirá la intervención administrativa. De ahí lo dispuesto en el art. 12 de la LOPJM: “Los poderes públicos velarán por que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afecten al menor”.

De esta manera, los poderes públicos configuran servicios y prestaciones de ayuda a las familias, enmarcándose dentro de las instituciones de protección previstas para reducir las situaciones de riesgo y así intervenir en situaciones en las que el menor se encuentre en desprotección que no alcanzan la gravedad suficiente como para declarar el desamparo del menor. Al mismo tiempo, siguiendo a RODA Y RODA¹³³, “los padres deben conducir su actuación hacia dos aspectos: por un lado, el de garantizarle al menor un desarrollo en un ambiente sano, lo que implica que existe la posibilidad de adoptar medidas que pueden ser perjudiciales para el desarrollo y la salud de los hijos; de otro, la obligación de mantenerlo en relación con su familia, y ello respetando siempre

¹³³ RODA Y RODA, D. (2014). *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi Cizur Menor, pág. 69.

los derechos de sus hijos, adaptándose a las cualidades de los menores, y orientando la educación y formación con respecto a sus derechos”.

Por otro lado, se contempla la posibilidad de prestar ayuda en el domicilio del menor mediante servicios o prestaciones de orden material, formativo o psicosocial, cuya finalidad consiste en mantener el hogar familiar como soporte básico. También está la intervención técnica que mediante actuaciones profesionales pretende restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales, mejorando las relaciones familiares promoviendo el desarrollo y bienestar del menor. Y por último, se pretende configurar programas de intervención encaminados a procurar la preservación o reunificación de la familia. Todo esto acompañado del seguimiento de la evolución del menor y el medio en el que se desarrolla por parte de los técnicos dependientes de la AP.

12.3. La incidencia de la crisis económica actual en las políticas de protección de la infancia

La actual situación económica está incidiendo negativamente en toda la sociedad, dejando patente la falta de previsiones socio-económicas. Lejos de solucionarse, la situación se está agravando, convirtiéndose así en un problema endémico, dada la persistencia de la misma durante un gran periodo de tiempo.

Según el II PENIA, las cifras de pobreza infantil son preocupantes en España. Respecto a las familias que ya se encontraban en situación de vulnerabilidad, resulta paradójico que perciban la intervención de la AP, especialmente de los Servicios Sociales, como un enemigo, teniendo en cuenta que su intervención pueda dar lugar a una retirada del menor, debido a la precaria situación de la economía familiar.

Las limitaciones presupuestarias han perjudicado directamente a las Corporaciones Locales, ya que sus ingresos han sido reducidos, mermando los servicios, entre ellos los prestados en materia de prevención. Por otro lado, los costes familiares y sociales que conlleva una deficiente intervención en el ámbito preventivo con menores en riesgo son elevados. En suma, las situaciones de ausencia de intervención administrativa mediante la aplicación de medidas preventivas que pretenden la conservación de la familia, pueden provocar que menores en familias situación de precariedad se vean abocados a declaraciones de desamparo.

La gravedad de esta realidad ha llevado a numerosas AP a adoptar medidas para tratar de frenar el problema creado. Estas medidas consisten en el establecimiento de fondos especiales de ayuda para las familias en tal situación o introduciendo cambios en la regulación de empresas públicas que gestionan suministros básicos (agua, etc.), para establecer tarifas sociales o impedir o posponer el corte de suministro a familias en difícil situación económica.

Estas iniciativas solo sirven para poner de manifiesto la urgencia de una regulación que evite la aparición de discriminaciones entre las familias en función de su lugar de residencia.

Sea cual fuere la solución elegida, consideramos que la misma debe partir de una definición del concepto de familia vulnerable que sirva para marcar el ámbito de aplicación de la norma y los posibles beneficios de la misma, pudiendo también utilizarlo como referente para determinar los beneficiarios del salario social.

Muchos de los problemas actuales se solucionarían con un buen aprovechamiento de los recursos que estén al alcance de las familias, siendo fundamental también la aplicación de políticas educativas adecuadas e incluso la puesta en marcha de talleres de orientación de gestión patrimonial y economía doméstica, así como terapias psicosociales que ayuden a cohesionar a los miembros de la familia con el fin de evitar episodios de violencia intrafamiliar. En definitiva, se trata de utilizar instrumentos de bajo coste en época de crisis económica y de falta de recursos financieros encaminados a resolver situaciones de posible riesgo y evitar la falta de atención los menores.

13. CONCLUSIONES

A lo largo de nuestro trabajo hemos podido comprobar la exigencia por parte de la normativa y las políticas internacionales, europeas y nacionales¹³⁴ de la protección de la familia. Por ello es evidente la necesidad de prevenir situaciones en las que quiebre el principio de permanencia del menor en el núcleo familiar.

Una vez detectados signos que indiquen el deterioro del medio familiar, la AP deberá intervenir con prontitud¹³⁵, sin que esto suponga escoger necesariamente como medida la separación del menor de su familia de origen.

El apoyo familiar que tiene que llevar a cabo la AP se diseña como un instrumento prioritario de protección del menor y solamente se debería autorizar la adopción de otras medidas que implican separación cuando la reparación y apoyo de la familia de origen del menor resulta imposible.

Una vez asumida por la AP la tutela del menor que provoque la separación familiar, la toma bajo su guarda del menor desamparado y su la entrada del menor a una nueva familia o su internamiento en el correspondiente centro, no acaban las responsabilidades de la AP: esta deberá poner todos los medios para lograr que el menor desplazado vuelva a estar en compañía de sus padres en el menor tiempo posible.

Teniendo en cuenta la necesidad de protección de la familia y el análisis que se ha ido realizando durante el desarrollo del trabajo, respecto de la normativa y las instituciones de protección del menor se han extraído las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El actual sistema de protección de menores surgido a raíz de la promulgación de la LOPJM evidencia importantes fallos. Es necesario mejorarlo con el objetivo de integrar la protección moral y material de menor sin sacrificar su derecho a permanecer en la familia natural.

La legitimación por parte de la Ley 21/1987 a la AP para decidir y declarar el desamparo en cada caso, produciéndose posteriormente el control judicial da lugar a abusos, puesto que es habitual que un asistente social proponga y el órgano administrativo dicte una resolución que implique privar a la familia biológica de la convivencia con el menor, para ser confiado en acogida a una familia externa o ingresado en una institución pública.

¹³⁴ Art. 39.1 de la CE: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

¹³⁵ El art. 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

La intervención judicial en relación con el desamparo del menor no guarda ninguna coherencia con el pronunciamiento del Juez en caso de internamiento de menores, además de contradecir lo dispuesto, entre otros, por el art. 170 del CC, que propugna la necesidad de sentencia judicial para privar de patria potestad a los padres de un menor, y por los arts. 248, 249 y 250 del CC en lo que respecta al nombramiento y remoción de tutores.

Por todo lo anterior, resultaría conveniente que fuera la AP quien propusiera al Juez la declaración de desamparo, la cual sí que debería ser decretada por la autoridad judicial. De este modo, la tutela automática se asemejaría a la tutela ordinaria, siendo aquella residual y solo para los casos en que resulte imposible el nombramiento de un tutor.

En virtud del art. 148.1.20 de la CE, las diferentes CCAA han ido dictando sus respectivas normativas sobre protección de menores como desarrollo de la Ley 21/1987. Este movimiento ha dado lugar a una pluralidad de regulaciones. Las diferencias existentes entre las diferentes normas autonómicas han llevado a las familias biológicas a buscar la normativa de protección de menores más favorable, que les permita dilatar en el tiempo la declaración de desamparo, para así lograr evitar la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Para lograr este objetivo recorren casi toda la geografía española en busca de la legislación protectora más benevolente con sus circunstancias.

Sin embargo, sí nos mostramos conformes con la delegación en las CCAA de la capacidad de denunciar situaciones de desprotección de menores, de adoptar medidas que tratan de proteger al menor, así como de controlar su correcta ejecución, puesto que cada actuación administrativa ha de ser muy cercana e individualizada, debiendo responder siempre a un sistema normativo uniforme y homogéneo.

SEGUNDA: En cuanto a la institución del desamparo, esta no aparece claramente definida en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una institución civil que provoca la tutela *ex lege*. Sin embargo, las penas que se imponen por la comisión de determinados delitos contra los menores y correspondiente inhabilitación de la patria potestad, no se deben a la situación de desamparo en la que se encuentran los menores, sino a la comisión de un delito. De hecho, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es impuesta por el Juez y no por la AP. En numerosas ocasiones dicha sanción ni siquiera implica la intervención administrativa y la asunción de la tutela por la misma, sino que es asumida por otro progenitor.

El desamparo, como tal, implica la falta de asistencia o riesgo para la integridad física y psíquica del menor, con ausencia de intencionalidad. Así las cosas, se echa en falta un concepto claro y delimitado de las causas que ocasionarían la declaración de desamparo. Y a esto poco contribuyen normativas autonómicas que confunden el desamparo con hechos delictivos tipificados en el CP.

La condena penal implica inhabilitación temporal del ejercicio de la patria potestad, que según el art. 226.2 del CP supone una duración de 4 a 10 años. Por su parte, la sentencia civil que declara el desamparo también suspende el ejercicio de las funciones de la patria potestad. El problema surge cuando se cumple la condena y las circunstancias personales de los progenitores del menor cambian, puesto que el art. 172 del CC establece un plazo de 2 años, desde la notificación de desamparo, para solicitar la revocación. Pero el problema es mayor cuando el procedimiento penal se alarga durante más de dos años y finalmente termina con una sentencia absolutoria. Dado que los efectos de la sentencia penal no inciden en la jurisdicción civil, el desamparo no cesaría, a menos que la AP insista en la revocación si el menor no ha sido integrado en otra familia. En el caso de que el menor se encuentre acogido por otra familia, se ve privado de una relación directa con la familia natural en base a unos indicios que no fueron probados debidamente. En definitiva, en este tipo de situaciones se vulnera el principio de permanencia del menor en su familia de origen y el derecho de los padres biológicos a la tutela judicial efectiva.

A la vista de ello, sería necesario estructurar adecuadamente la legislación, de modo que se establezcan limitaciones que no impliquen la vulneración de tal principio y siempre teniendo presente la posibilidad de interferencias con figuras delictivas y tratándose en todo momento de armonizar la protección del menor en materia civil, con la concurrencia de causas penales.

En definitiva, declarar un desamparo implica que la AP preste asistencia de manera inmediata a un menor que la necesita, siendo esta medida transitoria, implicando el retorno del menor a la familia natural, una vez se superen las circunstancias que dieron lugar a la intervención administrativa.

Por otro lado, en cuanto a la previsión de los plazos para instar la revocación de desamparo, encontramos una contradicción con la Conclusión 6º de la Circular FGE 1/2008, en la cual se establece que el Fiscal ha de tener en cuenta que este plazo de dos años para proceder a reclamar por parte de los padres biológicos, no tiene por qué ser un obstáculo para la constitución de adopciones inmediatas si de los informes se desprende la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar de sus hijos. Este Circular considera que en este tipo de situaciones sería aconsejable que se promoviera la privación definitiva de la patria potestad.

A nuestro juicio, esta forma de actuar no es la correcta, ya que debería respetarse el plazo de dos años, siempre que exista la más remota posibilidad de que los progenitores del menor puedan recuperar la patria potestad incluso cuando las posibilidades de recuperación sean escasas. Pero esta ausencia de regulación y el contenido de la citada Circular hacen posible la adopción de resoluciones encaminadas a decretar medidas que precipiten la adopción del menor. Si el menor se encuentra debidamente atendido por la tutela pública no existe motivo suficiente para precipitar la formalización de la adopción, puesto que cabe la posibilidad de que en el plazo establecido legalmente la situación de la familia de origen evolucione favorablemente; la FGE no fundamenta en modo

alguno en la Circular la manera en la que se actúa; solo transmite un apoyo hacia la adopción motivándolo en la necesidad de dotar a estos procedimientos de una mayor celeridad y no en un beneficio directo para el menor. No resulta lógico cómo la FGE ha llegado a esa conclusión cuando en la misma Circular establece en la Conclusión 5º que “en principio, en tanto no transcurra el plazo de dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinserción en su familia biológica”.

TERCERA: Indudablemente, la protección de los menores conlleva toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos a fin de tratar de prevenir y corregir situaciones de desprotección de los mismos, las cuales, dada la variedad de circunstancias, exigen toda una serie de respuestas adaptadas a cada necesidad y circunstancia.

Pero los poderes públicos, además de colaborar con la familia en el ejercicio de las funciones de protección del menor y las funciones asistenciales, están obligados a asegurar que los progenitores o los responsables de la tutela del menor, lleven a buen término sus deberes, de modo que, en caso de detectar que el menor es víctima de una falta de asistencia, deben intervenir, adoptando las medidas necesarias para cesar tal situación.

Se ha tratado de demostrar a lo largo de este estudio, cómo el sistema actual presenta numerosas deficiencias. Sin embargo, también encontramos algunos aciertos como el papel activo que se otorga a la familia en todo el proceso de toma de decisiones sobre el menor. Muchos de los problemas actuales se solucionarían con el aprovechamiento de los recursos que tienen a su alcance las familias, siendo, por otro lado, fundamental la aplicación de políticas educativas e incluso la puesta en marcha de talleres encargados de orientar la gestión patrimonial y la economía doméstica, así como terapias psicosociales con el fin de cohesionar los distintos miembros de la familia y así evitar los episodios de violencia en el núcleo familiar.

En definitiva, con todo ello se trata de utilizar instrumentos de bajo coste encaminados a resolver situaciones de posible riesgo y evitar la falta de atención a los menores. Existe un amplio abanico de posibilidades al alcance de la actuación de la AP y que no se explotan debidamente, quizás por falta de coordinación, pero sería conveniente su puesta en marcha antes de que la situación de la infancia se agrave.

Sería preciso reforzar la actuación preventiva de la AP para lograr que se decreten las medidas tuitivas que no impliquen la ruptura con la familia natural y así intentar la permanencia o la rápida devolución del menor a su núcleo familiar, tras configurar un programa de colaboración entre la AP y los progenitores destinados a la rehabilitación de la familia.

Teniendo en cuenta lo propuesto, consideramos que el acogimiento resultaría la institución jurídica más útil. Por un lado, cumple la función protectora, y, por otro lado, es respetuosa con el principio de permanencia del menor en su familia de origen. La adopción debería quedar como último recurso en casos

extremos en los que se pruebe la imposibilidad absoluta de que el menor vuelva a convivir con su familia de origen.

CUARTA: El interés del menor como límite al derecho

Conviene poner de manifiesto que ni a nivel nacional ni internacional podemos encontrar una definición legal que concrete el significado real del interés del menor. Una de las razones de por qué no encontramos una definición concreta del interés del menor es que tal interés debe ser apreciado respecto a un niño concreto, de acuerdo con su personalidad, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean y de acuerdo con el momento preciso en el que se haya, pero sin descuidar su evolución futura. Así, frente a todas estas cuestiones a tener en cuenta, dar una definición resulta complicado. Por otra parte, hay que reconocer que podemos intuir qué representa el interés del menor: actuar respecto al interés del niño sería hacer lo que más le beneficie de cara a su desarrollo y crecimiento armónico y equilibrado; por ello, tal vez lo difícil no sea definir el concepto abstracto del interés del menor, sino determinar lo que es mejor para el menor atendiendo a cada circunstancia individual.

Por su parte, la doctrina ha optado por enumerar diversos factores de cara a su determinación, estableciendo a su vez sistemas de preferencia entre las diferentes categorías de intereses. Todo queda a la percepción de la autoridad encargada de decidir y proponer alternativas al mismo buscando primordialmente objetivizar el interés del niño.

Acudiendo a una norma clave en el régimen jurídico de protección de menores, en el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño se trata de matizar el principio del interés del menor: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Al analizar este artículo podemos comprobar cómo utiliza la expresión “una consideración primordial” y no “la consideración primordial”. Así pues, en lo que atañe a la separación del menor respecto de sus padres biológicos, no sería correcto considerar solamente el interés del niño, acudiendo a la solución de tratar de cubrir todas sus necesidades manteniendo a sus padres alejados. Para encontrar la solución más objetiva, habría de tenerse en cuenta otros intereses como el derecho de los padres a la vida familiar y a educar a sus hijos, agotando así todas las posibilidades de respetar los derechos y necesidades de ambos, con ayuda de las autoridades, y así únicamente cuando el bienestar del niño no pueda compatibilizarse con el derecho de sus padres a cuidar de él, la opción correcta sería su separación.

Lo dicho nos lleva a la conclusión de que cuando está en manos de la autoridad decidir en un asunto en que el protagonista sea un menor, deberá tener en cuenta todos y cada uno de los intereses que hay en juego, incluido el de los padres. La solución más óptima sería calibrarlos, prestar especial atención a las necesidades del menor y resolver en consecuencia.

De todo ello podemos extraer que el principio del interés del menor no lleva consigo la ignorancia de las necesidades y prerrogativas de los padres, y con ello el principio de permanencia del menor en su familia de origen, sino la subordinación de estas necesidades y el principio objeto de este trabajo, en favor del principio del interés del menor cuando ambos sean irreconciliables.

No obstante, el interés del menor deberá seguir siendo determinado, y al respecto a día de hoy podemos encontrar todo un catálogo de derechos del menor, lo que facilita la concreción de los mismos. Respecto a ello, quien sea el responsable de decidir en este tipo de circunstancias debería confrontar los derechos y necesidades del menor frente a los de los padres y buscar un punto de encuentro entre ellos, y de no ser posible los derechos del niño tendrían prioridad.

En todo este proceso deberían tenerse en cuenta los deseos y sentimientos del menor siempre que sea capaz de expresarlos, valorándose en función de su edad, madurez y del conjunto de circunstancias que lo rodean. La exploración y audiencia del menor debería realizarse en todo caso, salvo que el niño carezca de destreza lingüística suficiente o se encuentre ante cualquier motivo grave que le imposibilite para hacerlo. Ello constituiría un factor importante a valorar, la información que su derecho a ser oído proporcionaría y que debería ser apreciado globalmente junto a las demás directrices fijadas por los demás derechos del niño. De este modo, puede darse el caso de que un menor manifieste su deseo de seguir conviviendo con sus padres, pero que su derecho a la integridad física aconseje lo contrario: en tal hipótesis el interés del niño demandaría la separación.

Así pues, llegamos a la conclusión de que la voluntad del menor no es determinante en la resolución de cuestiones sobre su extracción de su núcleo familiar. Esto es así porque se trata de una persona que no ha alcanzado su madurez intelectual y emocional y necesita ser protegido. En virtud de ello, a los niños se les debería permitir asumir gradualmente mayores responsabilidades según avancen en su desarrollo, por lo que su voluntad cada vez tendría un papel más relevante.

BIBLIOGRAFÍA

AMAT LLOMBART, P. (2011). “Régimen jurídico de la protección a la infancia y del menor en la Comunidad Autónoma Valenciana”, en HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ, M.A. *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Vol. II. Almería: Universidad de Almería, págs. 863-885.

AMAT LLOMBART, P. y ESPUNY SANCHÍS, M. (2016). “Incidencia de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de la Comunidad Valenciana en procedimientos de familia por cese de convivencia de los progenitores habiendo hijos bajo autoridad parental”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 14.

AMAT LLOMBART, P. (2017). “La competencia legislativa en materia de derecho civil del artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Disfunciones en torno al derecho civil valenciano e interpretación del Tribunal Constitucional”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 4.

ABAD ARENAS, E. (2018). “El acogedor y guardador hacia una refundición de funciones del acogimiento temporal”, en *Estudios institucionales*, vol. V, núm. 9, págs. 125-172.

ARRAZ FREIJO, E. (2005). *Familia y desarrollo psicológico*. Madrid: Pearson.

ARROYO YANES, L.M. (2013). “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en relación con los menores de edad”, en CASARES MARCOS, A.B y QUINTANA LÓPEZ, T. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, págs. 811-852.

BARBER CÁRCAMO, R. (2011). “La filiación adoptiva”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V: Las relaciones paternofiliales (I), Aranzadi, Cizur Menor, págs. 509-632.

BENAVENTE MOREDA, P. (2011). “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, págs. 15-62.

BENITO ALONSO, F. (1996). “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, págs. 1727-1749.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999). “¿Protección de menores «versus» protección de progenitores?”, en *Aranzadi Civil*, págs. 12-13.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2017). “La guarda y tutela administrativa de menores. El acogimiento familiar y residencial”, en BERROCAL LANZAROT, A.I. y CALLEJO RODRÍGUEZ, C. *La protección jurídica de la infancia y la*

adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, Wolters Kluwer, págs. 131-259.

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2010) “Aproximación a la institución de la guarda de hecho”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, págs. 2844-2874.

BO JANÉ, M., y CABALLERO RIVERA, M. (1996). “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, págs. 1485-1498.

BOCCIO SERRANO, M.J. (2017). *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BRONFENBRENNER, U. (1979). *La ecología del desarrollo humano*. Barcelona: Paidós Ibérica.

CABEDO MALLOL, V.J. (2016). “Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, en CABEDO MALLOL, V.J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 49-86.

CABEDO MALLOL, V.J. (2008). *Marco constitucional de la protección de menores*. Madrid: La Ley. Wolters Kluwer.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, en *Actualidad Civil*, núm. 3.

CASADO CASADO, B. (2007). “La idoneidad de los posibles adoptantes en el procedimiento de adopción de un menor de edad”, en *Diario La Ley*, núm. 4, págs. 1562-1568.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1994). *Derecho civil español común y foral*, Vol. I. Madrid: Reus.

COMPANY CARRETERO, J. y SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. (2017). “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, págs. 4-15.

CORRAL GARCÍA, E. (2003). “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, págs. 1987-2008.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, págs. 46-60.

DELGADO MAGRO, L. (2012). *Infancia y adolescencia en acogimiento residencial. Conductas exteriorizadas-interiorizadas y evaluación del apego*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2011), "Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)", en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. VI: Las relaciones paternofiliales (II)*. Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, págs. 399-503.

DE PALMA DEL TESO, A. (2011). "El derecho de los menores a recibir protección. El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, págs. 185-215.

DÍEZ GARCÍA, H. (1999). "Desamparo de menores y acogimiento", en *Aranzadi Civil Mercantil*, núm. 3, págs. 2239-2270.

DÍEZ GARCÍA, H. (2013). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, Vol. IV (Tomo I).

DURÁN RUIZ, F.J. (2008). *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes*. Granada: Universidad de Granada.

GARCÍA ABURUZA, M.P. (2013). "La adopción tras el Convenio de Estrasburgo", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11.

GARCÍA CANALES, M. (1989). "Principios generales y principios constitucionales", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, págs. 131-162.

GARCÍA HOZ, V. (1976). Citado en MEDINA RUBIO. "La familia y la formación de las actitudes personales ante la vida", en LÓPEZ-BARAJAS ZAYAS, E. (1996), *La familia en el tercer milenio*, págs. 417-428.

GONZALEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P. (2004). *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ PILLADO, E. (2008). "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *Indret*, núm. 2, <http://www.indret.com/pdf/532_es.pdf>

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2004). "La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 18, págs. 171-342.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M. (2008). "¿Hacia la "contractualización" de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés? El contrato de responsabilidad parental", en *Actualidad Civil*, núm. 10.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005). *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (1997). *Los menores en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos.

LETE DEL RÍO, J.M. (1978). en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Coord.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV, Santiago de Compostela: Edersa.

LÓPEZ ALARCÓN, M. (2002). *Protección jurídica de la estabilidad familiar*, Murcia: Universidad de Murcia.

LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, A. (2008). "Adopción", en *Enciclopedia Jurídica*. Madrid: La Ley.

LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2009). "Consideraciones sobre la suspensión "administrativa" de la patria potestad", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*. Madrid: Civitas, págs. 543-560.

Memento práctico Familia (Civil). (2018). Francis Lefebvre Colección Mementos.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. (2005). *El desamparo de menores*. Navarra: Aranzadi.

MORETÓN SANZ, F. (2009). "El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Barcelona: Bosch, págs. 57-71.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2013). *Código Civil. Comentado y jurisprudencia*. Madrid: La Ley.

OCÓN DOMINGO, J. (2006). *Normativa internacional de protección a la infancia*. Granada: Universidad de Granada.

PAINCEIRAS SILLEIRO, S. (2014). "Intervención pública en los supuestos de desamparo de menores: Análisis prácticos sobre salud y obesidad", en *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, págs. 797-812.

PALACIOS GONZÁLEZ, J. (2014). *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*. Granada: Junta de Andalucía.
<http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4296>

PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo I, Granada: Comares.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2009). "El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales", en GARCÍA RUBIO, M.P. *Estudios*

jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río. Navarra: Civitas-Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, págs. 709-734.

PÉREZ MARTÍN, A. (1995). *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid: Lex Nova.

PUIG FERRIOL, L. (2002). “Constitución y protección de la familia”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40, págs. 177-191.

RIVAS ANTÓN, M.F. (2015). *El acogimiento familiar del Código Civil en el sistema público de protección de menores*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

RODA Y RODA, D. (2014). *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.

ROGEL VIDE, C. (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.

ROSSER LIMIÑANA, A. (1998). *Marco legislativo del acogimiento familiar*. Alicante: Universidad de Alicante.

SALANOVA VILLANUEVA, M. (1995). “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, págs. 231-300.

SALANOVA VILLANUEVA, M. (2003). “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Aranzadi Civil*, núm. 1, págs. 1945-2006.

SERRANO CHAMORRO, M. E. (1996). “Estudio general del derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, págs. 1752-1754.

SERRANO GARCÍA, I. (1993). *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. (2005). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Sepin.

VAN BUEREN, G. (1995). *The International law on the rights of the Child*. Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers.

VARGAS CABRERA, B. (1991). “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44. núm. 2, págs. 611-696.

ZAMORA SEGOVIA, M.L. (2011). “Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen”, en *Observatorio de la Infancia en Andalucía (OIA)*

<www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394>

ANEXOS

ANEXO I LEGISLATIVO

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL:

- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada el 11 diciembre 1948.
- Declaración de los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1959.
- Convención de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Resolución 44/25).
- Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 (Resolución 61/106).

LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA:

- Directiva 89/552/CEE, de 3 de Octubre de 1989, sobre la Coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.
- Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999
- Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000.
- Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007.

LEGISLACIÓN NACIONAL:

- Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela.
- Código civil español de 1889.
- Ley de 12 de agosto de 1904 de protección a la infancia.
- Ley de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924.

- Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley 25/1994, de 12 de julio, en relación a la protección de los menores frente a la publicidad, la televenta y la programación.
- La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley 1/1996, de 10 enero.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de la conserjería de asuntos sociales, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 20/2011 del Registro Civil, de 21 de julio.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.
- Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana.

DERECHO EXTRANJERO CONSTITUCIONAL:

- Constitución italiana de 1948
- Constitución francesa de 1958
- Ley Fundamental de Bonn de 1949

ANEXO II JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 18 de octubre de 1993 (RTC 1993, 298).

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145).

STS de 23 de marzo 1993 (RJ 1993, 2545).

STS de 20 de diciembre de 1993 (EDJ 1993, 11718).

STS de 25 de junio de 1994 (RJ 1994, 6502).

STS de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7507).

STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223).

STS de 15 de enero de 1997 (EDJ 1997, 240).

STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2982)

STS de 11 de septiembre de 2000 (EDJ 2000, 25623).

STS de 6 de julio de 2001 (EDJ 2001, 25290).

STC de 19 de abril de 2004 (RTC 2004, 71).

STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5280).

STS de 12 de noviembre de 2008 (EDJ 2008, 227772).

STS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581).

STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2362).

STS de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 461).

STS de 27 de octubre de 2014 (RJ 582, 2014)

STS de 30 de septiembre de 2015 (EDJ 2015, 177782).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997, 903).

AAP de Vizcaya de 22 de enero de 1998 (AC 1998, 4205).

AAP de Asturias de 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6278).

AAP en el Auto de Madrid de 23 de mayo de 2002 (AC 2002, 1351).

SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 65238).

SAP de Murcia de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 168743).

SAP de Zaragoza de 21 de enero de 2006 (JUR 2006, 135311).

SAP de Castellón de 18 de julio de 2006 (JUR 2006, 287522).

AAP de Toledo de 10 de octubre de 2006 (AC 2006, 1835).

SAP Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156638).

SAP de Sevilla de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 239369).

SAP Alicante de 24 de julio de 2007 (JUR 2007, 336265).

SAP de Alicante, de 21 de abril de 2009 (JUR 2009, 304441).

AAP de Madrid de 19 de junio de 2009 (JUR 2010, 22389).

SAP Cádiz de 20 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 72579).

SAP de Sevilla de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 122651).

SAP de 7 de julio de 2011 (JUR 2011, 319255).

SAP de Vizcaya de 21 de marzo de 2014 (JUR 2014, 183556).

SAP de Alicante, de 22 de mayo de 2014 (AC 2014, 1407).