



FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN Y
DIRECCIÓN DE EMPRESAS. UPV



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA

La protección social y jurídica de menores en situación de riesgo o desamparo en la Comunidad Valenciana

Qian Zhan



Trabajo Fin de Grado
Tutor: Pablo Amat Llombart
Valencia, septiembre 2018

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1 Aproximación y objetivos.....	3
1.2 Metodología.....	4
2. ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO.....	6
2.1 A nivel internacional.....	6
2.2 A nivel estatal.....	8
2.3 A nivel autonómico: el caso de la Comunidad Valenciana.....	11
3. MARCO CONCEPTUAL: DEFINICIONES.....	17
4. PRINCIPIOS POLÍTICOS Y RECTORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO O DESAMPARO QUE AFECTEN A MENORES.....	25
4.1 En la legislación estatal común.....	25
4.2 Normativa autonómica valenciana.....	28
4.3. Las políticas de prevención de situaciones de riesgo o desamparo de menores en la Comunidad Valenciana.....	36
a) Introducción.....	36
b) Políticas de prevención en materia de apoyo a la familia.....	37
c) Políticas de prevención en materia de educación.....	38
d) Políticas de prevención en materia de salud.....	39
e) Políticas de prevención en materia de formación y empleo.....	40
f) Políticas de prevención en materia de relaciones sociales.....	42
5. MEDIDAS DE ASISTENCIA AL MENOR ANTE SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN.....	43
6. SITUACIONES CONFLICTIVAS Y PROBLEMÁTICAS DEL MENOR.....	46
6.1 Situación de riesgo.....	47
a) Principios de actuación.....	50
b) Valoración de la situación de riesgo.....	51
c) Cese de la situación de riesgo.....	53
6.2 Declaración de desamparo.....	53

a) Efectos.....	54
b) Procedimientos.....	54
6.3 Asistencia letrada.....	57
7. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE MENORES DESAMPARADOS.....	60
7.1 Tutela.....	60
a) Tutela de la Administración por ministerio de la ley.....	62
b) Tutela ordinaria.....	64
7.2 Guarda.....	64
a) Asunción de la guarda.....	66
b) Guarda voluntaria.....	69
c) Guarda por acuerdo judicial.....	70
d) Guarda por la Administración Pública.....	71
7.3 Acogimiento residencial.....	71
a) Contenido de la medida del acogimiento residencial.....	72
b) Centros de acogida.....	74
7.4 Acogimiento familiar.....	79
a) Constitución del acogimiento familiar.....	80
b) Modalidades de acogimiento familiar.....	83
c) Acogimiento preadoptivo.....	86
d) Otras modalidades de acogimiento.....	87
8. CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	93

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Aproximación y objetivos

¿Sabemos qué se entiende por menor? ¿Cuáles son sus derechos y deberes? ¿Cómo reaccionar en las diferentes situaciones de riesgo en que pueda verse comprometida su salud o bienestar? ¿Qué hacer si tenemos conocimiento de un caso en que un menor sea maltratado, o se encuentre en apuros? ¿Quién se encarga de ellos en situaciones de desamparo y desprotección? ¿A qué instituciones o administraciones acudir?

Todas estas preguntas siguen presentes en nuestro día a día. Muchos menores se enfrentan a situaciones de penuria, ya sea por fuerza mayor como el fallecimiento de sus padres o simplemente por la separación de progenitores que tengan un hijo en común.

Las materias relacionadas con el menor, tanto en cuanto a su protección, guarda y tutela, como respecto a los derechos y deberes que le afectan, etc., constituyen temas delicados de manejar tanto desde la perspectiva social como legal-jurídica, dados los diferentes actores e intereses involucrados. De hecho, a lo largo de los años han ido surgiendo diversos dilemas, problemas y modos de afrontar esta problemática, que de una manera u otra se han tenido que ir resolviendo desde el punto de vista de la Ley y el derecho, que es el que a efectos de este trabajo interesa.

Para afrontar el régimen normativo de la protección del menor, sobre todo en cuanto a la protección social y jurídica de menores en situación de riesgo o desamparo, con el paso del tiempo se ha ido avanzando en el desarrollo de las normas en esta materia. A tal fin ha sido fundamental el impulso e influencia de diversos Tratados internacionales ratificados por España, como la Declaración de los derechos del niño de las Naciones Unidas (1959) o la Convención en materia de adopción internacional (1993), entre otros. De ahí se ha derivado la actualización de la legislación civil y administrativa en esta sede, como la verificada por la Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/1996 u otras reformas del Código Civil (guarda y custodia, tutela, adopción, etc.).

En la actualidad se ha conseguido que las Administraciones públicas de todo el Estado español tengan la obligación de velar por la protección de los derechos fundamentales de los menores en cada uno de los territorios donde asuman y ejerzan sus competencias.

De todas formas, pese a la moderna legislación aprobada, ya a nivel estatal o autonómico, continúan existiendo dificultades de aplicación de la normativa, así como problemas para el adecuado manejo de las posibles situaciones conflictivas que puedan ir surgiendo en relación al menor, pues todos los casos son únicos y presentan características particulares que hay que abordar mediante tratamientos y medidas individualizadas.

Por consiguiente, los objetivos que pretende abordar el presente trabajo consisten en los siguientes:

1. Conocer los diferentes sistemas actualizados de regulación en materia de protección de menores, a nivel del Estado y también en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

2. Conocer con detalle el marco conceptual de la materia: concepto del menor; principio esencial del interés superior del menor; capacidad jurídica y de obrar; emancipación. Todo ello con vistas a determinar el contenido de los derechos y deberes en juego.

3. Aproximación al contenido y alcance de los principios políticos y rectores sobre prevención de situaciones de riesgo o desamparo que afecten a menores, con el ánimo de comprender su aplicabilidad a los casos concretos.

4. Identificación a partir de la legislación de aquellas situaciones de conflicto y problemáticas que repercutan negativamente en la vida e integridad del menor, así como el estudio de los diversos procedimientos para la intervención de la administración pública en aras a la declaración legal y formal de situaciones de desamparo de menores.

5. En último lugar, se procederá al estudio de las principales instituciones jurídicas que abogan por la protección específica de los menores desamparados.

1.2 Metodología

Siendo coherentes con la naturaleza de la investigación que abordamos, procede aplicar con carácter general una de las metodologías propias de las ciencias sociales: nos referimos al método aplicable al estudio del Derecho y la legislación.

Sin embargo, dicha metodología generalista no puede implementarse de modo que permanezca completamente ajena a las peculiaridades del campo material o sustantivo objeto de análisis y seguimiento: la protección jurídica del menor desamparado. Ello conlleva la necesidad de adaptar en alguna medida la metodología jurídica a ciertos conceptos propios de dicho ámbito científico.

En todo caso, las diferentes fases o etapas del método aplicado a la materia objeto de investigación, se pueden resumir en las siguientes:

1. Como punto de partida, se procederá a la recopilación, puesta al día y clasificación de toda la normativa actualizada, referida al ámbito material objeto de estudio. Desde la perspectiva de la aplicación territorial del Derecho, se abordará la legislación directamente aplicable en el Estado español. Esta puede provenir de fuentes jurídicas internacionales, comunitarias o nacionales (Estado). Y dentro de este último, tanto a nivel nacional como autonómico (Comunidad

Valenciana). La extensión de la normativa alcanza no sólo a las disposiciones más generales (Tratados, Convenios, Reglamentos y Directivas comunitarias, normas constitucionales, leyes orgánicas u ordinarias, etc.), sino también a las concretas disposiciones reglamentarias y de aplicación (Reales Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.).

2. Posteriormente procede iniciar la etapa del estudio y análisis jurídico de la normativa actualmente en vigor, incluso teniendo en perspectiva la posible legislación aún en fase de proyecto o formación. El fin último consiste en extraer conclusiones sobre el nivel de aplicación concreta de la legislación en los diversos sectores implicados.

3. En una fase ulterior, resulta necesario consultar y revisar los recursos bibliográficos y documentales existentes sobre la materia (monografías, obras colectivas, actas de congresos, artículos de revistas especializadas, documentación de la Unión Europea, informes técnicos de la Administración, etc.).

4. La culminación de las etapas señaladas en los apartados 1, 2 y 3 permitirán proceder a la detección de aquellos problemas y dificultades en la aplicación normativa sobre la materia analizada que se consideren relevantes y de mayor alcance, así como los aspectos en que se hayan advertido carencias o insuficiencias del régimen jurídico aplicable, las cuales sea preciso corregir o subsanar, sobre todo, en aquellos aspectos con insuficiente o nula reglamentación.

5. El paso siguiente —con fundamento en los datos y conclusiones extraídas del trabajo previo realizado— consiste en efectuar propuestas para comprender, mejorar, corregir y reformar la regulación vigente, o bien destinadas a la aprobación de nueva normativa y programación que complete las lagunas jurídicas existentes. Para ello habrá que estar muy atentos a las cambiantes exigencias o necesidades sociales que puedan suscitarse en adelante, a las nuevas necesidades de la sociedad cambiante.

2. ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO

2.1 A nivel internacional

A lo largo de los años se han ido constituyendo organismos nacionales e internacionales, cuyo objetivo es la promulgación de normas dirigidas a proclamar los derechos y los medios de protección de los menores¹.

En este ámbito internacional existen relevantes documentos y declaraciones que proclaman, tal y como hemos mencionado en el párrafo anterior, los principios básicos para garantizar la protección de menores.

Entre ellos cabría hacer especial mención a textos como *La declaración de Ginebra* (1924) de vital importancia debido al reconocimiento y afirmación, por primera vez de la existencia de derechos específicos de los niños, así como la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

Por otra parte, *La declaración Universal de los Derechos Humanos* (12 de diciembre de 1948), documento declarativo promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Tal y como dice MORALES CASTRO, “es necesario que se promueva el conocimiento amplio de los derechos humanos para que todas las personas sepan a qué tienen derecho”².

Según las Naciones Unidas, es un documento fundamental cuya finalidad consiste en respaldar a quienes protegen esos derechos, mediante el fomento de la comprensión relativa a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos y la sensibilización sobre los riesgos a los que se enfrentan³.

También la Constitución Española hace mención a dicha declaración: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁴.

Otra declaración de suma importancia es *La declaración universal de los Derechos de los Niños*, firmada en 1959 por los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas. Reconoce al niño como “ser humano capaz de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad”. Así mismo, establece diez derechos fundamentales del menor:

¹ RUIZ JIMENEZ, J. *Protección Jurídica del menor*, Tirant lo blanch, 2017, pág. 32.

² MORALES CASTRO, R. *Comentario de artículos de la declaración universal de los derechos humanos*, Blogspot Rolando Morales, diciembre 2008.

³ NACIONES UNIDAS (2012), *Comentario a la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos*.

⁴ Artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española (1978).

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuados.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Este documento ha sido el instrumento que ha tenido el mérito de llamar la atención de los movimientos sociales y del sector más avanzado de las políticas públicas producto de su dimensión social y jurídica en el proceso de lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia⁵.

Al cabo de los años, los derechos de los niños se fueron consolidando, ampliando y modificando a medida que iban surgiendo nuevos decretos, convenios, convenciones, etc.

A continuación, vamos a hacer mención a algunas de las más importantes y reconocidas:

- *La convención de los derechos del niño (1989)*⁶. Constituye el primer tratado jurídicamente vinculante a nivel nacional e internacional que reúne en un único texto los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Así, todos los Estados participantes debían cumplir dicho convenio obligatoriamente. Según BRUNOL.C, “desde

⁵ GALIANO MARITAN, G. “La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Marzo 2012.

⁶ Esta convención fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero de 1991.

la vigencia de la Convención, el interés superior del niño deja de ser un objeto social deseable realizado por una autoridad progresiva o benevolente, y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad”.

- *Convenio de la Haya de 1996 sobre Protección del Niño*⁷: relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Siendo su ámbito el de los menores de 18 años, en relación con la responsabilidad parental, guarda, tutela y similares, representación y asistencia, acogimiento y similares, supervisión del menor y de sus bienes.
- *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de Octubre de 2007*⁸. Este convenio constituye un avance en la prevención de delitos sexuales contra menores, la persecución penal de sus autores y la protección de los niños víctimas de aquéllos. La protección del menor es el núcleo esencial de este convenio y se centra principalmente en el respeto de los derechos del menor, asegurando su bienestar y así como sus opiniones y necesidades, actuando siempre a favor del interés del niño.

2.2. A nivel estatal

En este apartado vamos a hacer mención a las leyes que más influencia han tenido en este ámbito.

Primeramente, cabe destacar la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, la cual modifica el Título V del Código Civil, concretamente los artículos del 108 al 141.

Los cambios realizados afectaron a la filiación que, tal y como indica su propio título, puede ser tanto por naturaleza (matrimonial y no matrimonial) o por adopción. En cuanto a la patria potestad, los padres tienen que velar por los hijos menores y prestarles alimentación; no obstante también enumera los casos en los que quedarían excluidos de ésta y demás funciones tuitivas⁹. En su capítulo IV hace referencia a todos los supuestos de extinción de la patria potestad.

En el año 1983 se redactó la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela*. Esta ley modificó los títulos IX y X del libro I del Código Civil. Un artículo interesante a mencionar en este apartado es el

⁷ Fue publicado en el BOE de 2 de diciembre de 2010 y entró en vigor el 5 de enero de 2011.

⁸ Firmado por España el 12 de marzo de 2009 y publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010.

⁹ Art. 111 de la Ley 11/1981 el cual menciona: 1) Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones que obedezca la generación, según sentencia firme. 2) Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

número 216, el cual define “las funciones tutelares como un deber y se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”.

En general, tal y como afirma COCA PAYERAS¹⁰, tiene como único punto de destino el ilustrar, a grandes rasgos, el contenido jurídico-positivo del término “tutela judicial”.

A raíz de estas dos leyes se redactó el *Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil*, a causa de las sucesivas reformas realizadas en el Código Civil en relación a materias del estado civil de las personas. Estas modificaciones han supuesto la derogación de numerosos artículos del Reglamento del Registro Civil, que resultan incompatibles con los principios constitucionales y el Código Civil.

La finalidad de este Real Decreto es corregir esta situación y desarrollar reformas concernientes al estado civil.

La ley que vamos a mencionar a continuación tiene como materia predominante la adopción. Estamos hablando de la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, Ley de adopción*, la cual modifica artículos del Código Civil y LEC en materia de adopción.

La adopción deja de ser un negocio privado. Se crea la figura del acogimiento, tanto familiar o residencial y se otorga protagonismo a los menores (figura del consentimiento). En cuanto a la perspectiva de la Administración, aparece la guarda administrativa como medida de protección; se le considera como Entidad Pública, a quien le corresponde *ex lege*¹¹ la tutela de los menores en situación de desamparo¹². Vigilancia del Ministerio Fiscal y control de los Juzgados y Tribunales.

Por último, aunque no menos importante, vamos a hacer mención a la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, por la cual se modifica el CC y la LEC, introduciendo principios rectores de la actuación de los poderes públicos, tales como:

- ✓ La supremacía del interés del menor.
- ✓ Su integración familiar y social.
- ✓ La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

¹⁰ COCA PAYERAS, M. “Notas sobre el sistema de tutela “judicial”, en *la Ley 13/1983 de 24 de octubre*, Fecha publicación: 24 de octubre del 2010.

¹¹ Aquellas obligaciones que nacen directa y meramente de la ley sin ningún hecho o daño imputable al obligado.

¹² Entendiéndose esta como “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 menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Artículo 172.1 párrafo segundo CC.

Esta ley considera al menor como un sujeto activo, participativo y creativo, con unas necesidades y unos derechos que deben garantizarse.

En su artículo 2 dice: “En la aplicación de la presente ley se primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Así mismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Esta misma se estructura en dos Títulos generales:
Título I << De los derechos de los menores>>.
Título II <<Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección del menor>>.

Constando con un total de 35 artículos, si bien obviamente a lo largo de los años se han ido modificando varios de ellos con relación al Código civil¹³ y la Ley del enjuiciamiento Civil¹⁴.

A partir de esta Ley se han firmado convenios internacionales y se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores.

Se puede decir que esta ley tiene como objeto introducir los cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁵.

Constituye el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Ha sido el referente de la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando posteriormente, de acuerdo con sus competencias en esta materia¹⁶.

Antes de pasar al siguiente apartado, es de vital importancia hacer mención a la *Constitución Española*, en la cual encontramos concepciones de los derechos y libertades de la infancia, de los elementos componentes de la estructura familiar y de las distintas responsabilidades con el colectivo infantil.

¹³ Se produce una nueva redacción de artículos como: 9.4 y 5, 149, 158, etc.

¹⁴ La sección Segunda del Título IV del Libro III pasa a denominarse «Medidas relativas al entorno de menores en los supuestos de sustracción internacional».

¹⁵ LÓPEZ NAVARRO, J. y MERINO ESCARTÍN, J.F. *Resumen de las dos leyes del menor*, web: notarios y registradores. Consulta: 27/08/2015.

¹⁶ Ministerio de justicia: *Proyecto de ley de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia*, página 2.

En este sentido, es imprescindible mencionar su artículo 39 que recoge la protección económica, social y jurídica de la familia¹⁷.

La regulación de la familia en los términos en que el artículo 39 lo hace supone un cambio impresionante en la ordenación de la institución en España. Los especialistas no dudan en que las dos leyes principales de desarrollo del artículo 39 fueron la 11/1981 (anteriormente mencionada) y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en casos de nulidad, separación y divorcio¹⁸.

Otro artículo importante a mencionar en este apartado sería el 149.1 punto 18; el cual reserva al Estado las competencias sobre “Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

2.3 A nivel autonómico: el caso de la Comunidad Valenciana

Desde una perspectiva histórica, en el año 1337 fue creada en Valencia la figura denominada “Jutge y pare d’orfes” (Juez y padre de huérfanos), instituyéndose el oficio de curador de huérfanos. Tenía por misión la de velar por el ámbito y esfera personal no sólo de los niños huérfanos, sino también de aquellos abandonados, vagos, maleantes, callejeros, etc., con la finalidad última de paliar la mendicidad y procurar una suerte de reinserción social de estos menores¹⁹.

El pare d’orfens no sólo se ocupaba de buscar acomodación a huérfanos y niños abandonados, sino también a garantizar la protección efectiva, la educación cristiana y formación integral del menor, así como su reinserción, teniendo además jurisdicción para resolver conflictos que surgiesen en torno a los menores sometidos a su competencia²⁰.

¹⁷ Art. 39 CE. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. 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.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

¹⁸ CE, sinopsis del artículo 39.

¹⁹ AMAT LLOMBART, P. “Régimen jurídico de la protección de la infancia y del menor en la Comunidad Autónoma Valenciana”, en *Derecho y familia en el siglo XXI*, Vol. II, Universidad de Almería, 2011, pág. 863.

²⁰ Preámbulo de la Ley 12/2008 de 3 de Julio de la Generalitat, de Protección Integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

Este cargo participaba en los juicios junto al juez y el fiscal, siendo el equivalente al actual abogado defensor del Estado. Es creado por el ayuntamiento con la finalidad de proteger los servicios domésticos y controlar y proteger a todos los menores.

Después, en el año 1447, se constituyó el “Tribunal del curador, padre y juez de huérfanos de la ciudad de Valencia”, institución que perduró hasta 1773, cuando en tiempos de Carlos IV fueron transferidas sus competencias, funciones y archivos a la Real casa de la Misericordia. Más adelante se extendió a Aragón, Navarra y Castilla.

En la actualidad, en la Comunidad Valenciana, la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat es el órgano competente para aplicar las medidas de protección de menores, si bien determinadas actuaciones les corresponde realizarlas a las entidades locales.

La *Constitución Española* habilita a la Comunidad Valenciana la asunción de competencias en el ámbito de la “asistencia social”²¹.

Será el propio Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana aprobado por la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio y reformado por la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, el que legitime las actuaciones legislativas y reglamentarias llevadas a cabo en el área de la protección jurídica de los menores.

De hecho, podemos observar que en su artículo 10.3 dice así: “La actuación de La Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: defensa integral de la familia; los derechos de las situaciones de unión legalizadas; protección específica y tutela social del menor; la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y sus familias a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, educativa o económica (...)”.

Más concretamente, en su artículo 49.1 establece un listado de competencias autonómicas exclusivas de la CV. Incluye entre otras, materias como servicios sociales o instituciones públicas de protección y ayuda de menores, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

Actualmente la *Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y adolescencia de la Comunidad Valenciana*, constituye el régimen jurídico básico vigente.

En nuestro país, las Comunidades Autónomas tienen la obligación de desarrollar y dotar de todos los medios necesarios para una correcta aplicación de las medidas de protección ante las distintas situaciones de riesgo y

²¹ Art 148.1.20 a) CE.

desamparo, ya que asumen las competencias en materia de protección de menores por vía constitucional y estatutaria.

En la Comunidad Valenciana, la Generalitat asume las competencias plenas en materia de servicios sociales, concretamente la protección de la infancia.

La Ley 12/2008, de 3 de julio, regula tanto las medidas de prevención como aquellas destinadas a intervenciones en situaciones de desprotección, ya sean de riesgo o desamparo pero siempre teniendo en cuenta los principios de la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor²².

A las Administraciones Públicas, dentro de sus respectivas competencias, les corresponde la adopción de las medidas de protección de menores previstas en la legislación vigente, sin perjuicio de las funciones atribuidas por ésta al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales.

Así mismo, la Ley Orgánica 1/1996 (citada en el apartado anterior), también hace mención al tema en su apartado 3 de la Exposición de motivos, en la cual señala lo siguiente: “pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas”.

Dicha L.O junto a la ley 12/2008, serán primordiales en este trabajo.

A lo largo de los años, al igual que en el ámbito estatal, la Comunidad Valenciana a ido promoviendo las modificaciones de varios decretos, leyes y órdenes a fin de conseguir una mejor regulación de la protección de menores.

Así podemos mencionar la *Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la infancia*²³.

“La defensa, protección y prevención de los riesgos de la infancia en una sociedad madura y democráticamente avanzada es un capítulo esencial en las políticas de bienestar social y en la consecución de una auténtica igualdad de oportunidades.”, menciona así en el punto 1 de su preámbulo.

²² Mencionados en el apartado anterior:

1. Supremacía del interés del menor.
2. Mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
3. Su integración social y familiar.
4. Prevención de situaciones perjudiciales para su desarrollo personal.
5. Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor.
6. Participación y solidaridad social.
7. Objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica

²³ Cuya ley solo estuvo vigente hasta 10 de octubre del 2008.

A partir de ese momento y siguiendo las nuevas orientaciones metodológicas sobre la protección de la infancia y la adolescencia, se han ido elaborando nuevas normativas con el objetivo de adaptarse a las circunstancias y necesidades sociales; y por otro lado, actualizarse con respecto a los cambios introducidos por la Ley 1/1996, de Protección jurídica del menor²⁴.

Como por ejemplo el *Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana*²⁵. El cual contempla las medidas de protección a ejercer sobre los menores en situación de riesgo y desamparo de la Comunidad Valenciana, los procedimientos de las distintas instituciones de protección de menores, de la tutela, de la guarda, del acogimiento residencial, del acogimiento familiar y de la adopción nacional e internacional, estableciendo las bases de los Registros de Familias Educadoras y de Solicitudes de Adopción de la Comunidad Valenciana.

Como dice MARÍNEZ AGUT, los menores necesitan todo el apoyo de las instituciones y la regulación legal es fundamental. Esta se ha de ir adaptando a las situaciones sociales y a las demandas cambiantes de las condiciones familiares, los recursos se han de incrementar y cada vez más familias participan en este proceso, que ha de regular en beneficio de los niños, para que su infancia sea la mejor a pesar de determinadas situaciones que se han de detectar y modificar²⁶.

Otro decreto de interés sería el *Decreto 74/2005, de 8 de abril, del Consell de La Generalitat*, por el que se crea el Observatorio de la Comunidad Valenciana de inserción sociolaboral de menores y jóvenes de los sistemas de protección y reeducación de menores.

Este observatorio es un órgano de carácter consultivo y de encuentro, diálogo, estudio, impulso y evaluación de las medidas de inserción laboral e integración social, dirigidas a menores y jóvenes que estén o hayan estado sujetos a medida protectora de guarda y tutela por la Generalitat o a medidas judiciales en aplicación de la Ley vigente en materia de responsabilidad penal de los menores²⁷.

En su preámbulo hace declaración que, tanto desde la administración, como la empresa, la iniciativa social y desde las instancias judiciales de responsabilidad; se tiene la obligación de impulsar acciones para favorecer la integración y autonomía laboral y social de todo joven. Ya que muchos de ellos carecen de una formación básica, de recursos propios o incluso de estructuras

²⁴ RUE PÉREZ, M.T. "Acogimiento residencial de menores. Revisión de la legislación autonómica valenciana", *Revista de educación social*, nº. 21, 2015, página 281.

²⁵ DOGV 28 de mayo de 2001.

²⁶ MARÍNEZ AGUT, M.P. *Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana*. 2010. *Página 13*.

²⁷ Artículo 1 del Decreto 74/2005, de 8 de abril, del Consell de la Generalitat.

familiares y sociales de apoyo. Creando así el Observatorio anteriormente dictado.

Como ya se dijo en los párrafos anteriores, la ley vigente en la Comunidad Valenciana es la *Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana*.

Dicha ley tiene como objetivo regular la protección integral de la infancia y la adolescencia, desarrollo y promoción de sus derechos básicos, regulando de manera integral y sistemática las tendencias y orientaciones sobre la protección de la infancia y la adolescencia. Otra finalidad es la de liderar las políticas sociales y consolidar el bienestar social de los niños y adolescentes en la Comunidad Valenciana, mediante la regulación completa de los distintos órdenes competenciales que la Generalitat tiene en su ámbito de la protección del menor.

Otro propósito es la de atender y conceptuar de manera razonable los estadios evolutivos del menor y sus diferentes situaciones y ámbitos de protección, siempre teniendo en cuenta la primacía del interés del menor, a la adquisición de su autonomía personal e integración familiar y social²⁸.

Esta ley será de aplicación a aquellos niños y adolescentes que se encuentre en el ámbito de la Comunitat Valenciana, aunque sea de manera temporal u ocasional.

Nosotros nos centraremos en el Título III, enfocado a la protección del menor que se encuentre en situación de riesgo o desamparo. Priorizando las actuaciones preventivas, evitando las causas que provocan cualquier desprotección, la cual es considerada como acción prioritaria por las Administraciones Públicas y entidades públicas y privadas que estén implicados en la protección del menor.

Es interesante mencionar que, las regulaciones de las situaciones de riesgo es competencia exclusiva de las Administraciones Locales mientras que las situaciones de desamparo y su declaración es competencia exclusiva de la Generalitat, que además asume la tutela ex lege del menor.

Este título acoge también las diferentes formas de guarda, acogimiento residencial²⁹, acogimiento familiar³⁰ y por último, define las competencias de la Generalitat en materia de adopción (tanto nacional como internacional).

Sin embargo, en 2015 se creó la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

²⁸ Preámbulo II, III y IV, Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat

²⁹ Se considera una medida de aplicación subsidiaria y procurando que su duración sea lo más corto posible.

³⁰ Se considera como la medida por excelencia a aplicar cuando sea necesario separar al niño de su familia.

Esta ley tiene como objeto introducir cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica. Con la finalidad de mejorar los instrumentos de protección y así garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Para ello, modifica las principales leyes que regulan las instituciones de protección de los menores, tales como la ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor³¹, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, la Ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y por último, la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la Violencia de género.

Pero esta no es el último cambio realizado, sino la *Ley 26/2015 de 28 de julio, de Protección a la infancia y a la Adolescencia*.

Esta ley, al igual que la anterior, lleva acabo varias reformas; teniendo una gran importancia la Ley 1/1996, siguiendo del Código Civil, la Ley de Adopción Internacional y la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 entre otras muchas normas³².

El objetivo de estas modificaciones es la de adoptar los instrumentos de protección de menores a los cambios sociales, de acuerdo con el art. 39 CE y los instrumentos ratificados por España. Modificando tanto desde el sistema de adopción y acogimiento hasta las pensiones de orfandad.

Introduciendo los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

³¹ Para desarrollar y reforzar el derecho del menor y priorizar su interés superior

³² Concretamente, modificando 21 normas.

3. MARCO CONCEPTUAL: DEFINICIONES

Para poder entender qué derechos tiene un menor, si tiene o no tiene legalmente deberes y, en su caso, qué deberes; por qué el menor puede o no puede hacer una cosa, o de qué hablamos cuando se mencionan instituciones como la tutela, el acogimiento, la guarda, etc., es preciso saber qué entendemos por menor y cuál es el marco jurídico en el que se desarrolla la vida de un menor³³.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma específica que nos describa o indique qué se entiende por **menor**.

Aún así en el *artículo 12 de la CE*, nos indica a partir de qué momento una persona es mayor:

Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

Este mismo principio también se puede ver reflejado en el artículo 315 del *Código Civil*, el cual dice:

La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

A través de estas definiciones podríamos entender que, todo aquel que no ha alcanzado los dieciocho años es menor de edad.

A parte de lo dispuesto en la CE y el Código Civil, encontramos más definiciones como el de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*³⁴, en su artículo 1, declara expresamente qué se entiende por niño:

Para los efectos de dicha Convención se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Supone por tanto un principio general que debe presidir cualquier interpretación y decisión que afecte a un menor, estándar de interpretación que se comprende desde la concepción del menor como persona, como sujeto y no meramente objeto de derecho³⁵.

Ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclama que toda persona es titular de derechos y libertades que se reconocen en la propia declaración, sin distinción ninguna índole ni condición, sin perjuicio de lo cual se

³³ RUIZ JIMENEZ, J. *Protección jurídica del menor*, páginas 33 y 34.

³⁴ Primer tratado jurídicamente vinculante que reúne los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

³⁵ AÑÓN CALVETE, J. *Interés del menor*, El derecho. Com 28.09.2015

reconoce y proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistentes especiales.

Con todo esto se puede afirmar que la minoría de edad es el periodo de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un ser humano hasta que se alcanza los 18 años, y sujetos titulares de derechos y deberes.

Ahora bien, aunque en principio todas las normas dirigidas o que regulan las distintas situaciones del menor son de aplicación a todos aquellos que aún no han cumplido los 18 años, hay veces que no es así. Estamos hablando de casos como; el menor emancipado o aquel que goza del beneficio de la mayor de edad.

Otra definición que cabría mencionar aquí sería, “**el interés superior del niño**”, principio consagrado en el artículo 3 de la *Convención de 1989*.

“en todas aquellas 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 especial que se atenderá será el interés superior del niño”³⁶.

En los textos internacionales la referencia al interés del menor aparece desde la *Carta de los Derechos del Niño de la Sociedad de Naciones*. Se trata de un concepto referido a los menores de edad que podría dar a entender que no incluye a los adolescentes. Se trata en cualquier caso de un concepto jurídico³⁷.

O como hace referencia RAVETLLAT BALLESTÉ, el principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva por la particular situación de vulnerabilidad de los niños y adolescentes y la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad³⁸.

Según la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico de matrimonio* supuso, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996 (LOPJM), la generación del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquel, tanto administrativas como judiciales.

³⁶ Principio que se reitera en el artículo 9.1, al establecer que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

³⁷ AÑÓN CALVETE, J. *Interés del menor*, El derecho. Com 28.09.2015

³⁸ RAVETLLAT BALLESTE, I. *El interés superior del niño y delimitación del término*. Pág 91. 2012 Educatio siglo XXI.

La LO 1/1996 reconoció plenamente la titularidad de derechos de los menores y la capacidad progresiva para ejecutarlos, pasando los menores a ser considerados como “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

En su artículo 2 señala que se tendrá en cuenta el interés superior del menor “sobre cualquier otro interés legítimo”.

Por lo tanto, se entiende interés del menor como aquello que le beneficia, entendiendo el beneficio en el sentido más amplio posible y no solo de material, sino también de orden social, moral, etc., todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de personalidad y su desarrollo integral. En definitiva, se concentra desde la aceptación del menor como persona, como sujeto de derecho en cuya representación todos actuamos y decidimos por él³⁹.

El *reconocimiento jurídico* del interés superior del niño actuará como *principio* que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección. Es decir, aquel conflicto que implique a menores, el criterio utilizado debe ser la protección del interés superior del niño.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, en su Exposición de Motivos, señala que la misma siempre debe ser interpretada con arreglo al principio del interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional⁴⁰.

Toda legislación, tanto nacional como internacional, cuando hace referencia a actos, procesos o medidas que tienen como sujeto u objeto al menor, subraya la necesidad de atender con carácter prioritario al beneficio de éste, como principio indiscutible⁴¹.

En nuestro sistema jurídico son los jueces y tribunales los encargados de que este principio se interprete y aplique correctamente por las instituciones encargadas de velar por el bienestar del menor.

Por otra parte, el *Código civil*, con relación a la guarda y acogimiento de menores, nos indica que siempre se buscará el interés del menor, haciéndose alusión al mismo en diversos preceptos⁴².

³⁹ AÑÓN CALVETE, J. *Interés del menor*, El derecho. Com 28.09.2015

⁴⁰ Art. 2.1.

⁴¹ Tal cual declara la Declaración universal de Derechos Humanos, la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

⁴² Artículos 172-174.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 también toma como guía el referido principio cuando señala que “el Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor”.

Por último, en la Comunidad Valenciana, *la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia*, también establece, como uno de los principios rectores de la política de la Generalitat y de actuación en materia de protección del menor, la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente⁴³.

El menor es titular de derechos fundamentales desde su nacimiento y, por tanto, el interés del menor consistirá simplemente en que todas las decisiones que se tomen sobre dicho menor garanticen que sus derechos fundamentales estén libres de toda lesión.

En general podemos decir que con relación a los principios de actuación en la adopción, la Ley incide, en la primacía del interés y necesidades del menor sobre los de las personas solicitantes de adopción⁴⁴.

Ahora bien, es imprescindible diferenciar el “interés del menor” del concepto “**bienestar del menor**”.

Tal como se menciona en los párrafos anteriores, el interés sería la garantía de protección del menor ante cualquier situación que pudiera perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar.

Es decir, *el bienestar o el bien del niño* se considerará como el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular.

El principio del interés del niño constituye una garantía que da prioridad a los derechos fundamentales del niño sobre cualquier otro derecho concurrente en tanto lo requiera el bienestar del propio menor, entendiendo este último como el conjunto de condiciones necesarias para proveerle de un marco vital suficiente en el que pueda desarrollar sus capacidades y cualidades psíquicas, personales, sociales y afectivas necesarias para su progresivo crecimiento en armonía con la realidad que lo rodea.

Es decir, el concepto de interés del menor supondría un sistema para proteger y permitir el desarrollo de su personalidad, concepto que englobaría el de “bienestar o bien del menor” y que es el principio general que se recoge como cláusula general en la LOPJM.

⁴³ Artículos 3.a y 84.1.a

⁴⁴ Artículo 123 a).

Sin embargo, en la práctica es difícil la diferenciación de estos dos conceptos: el principio del interés quedará siempre vinculado al bienestar del menor, será la garantía para asegurar este bienestar.

Es imprescindible hacer mención a las definiciones de *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*, cuyos conceptos aparecerán con frecuencia en este trabajo y, por tanto, es de gran importancia el entendimiento de ambas y su diferenciamiento.

Una persona está sujeta a derechos y obligaciones desde el momento de su nacimiento: “ La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”⁴⁵.

Una vez se hayan cumplido los requisitos que se establece⁴⁶, es a partir de entonces cuando se dice que tiene **capacidad jurídica**, lo que significa tener aptitud o idoneidad necesarias para ser titular de derechos y/o obligaciones.

También podemos encontrar otra definición realizada por el *Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989*, el cual no exige ningún requisito para considerar al nacido como persona, simplemente en su artículo 7.1 se expresa que desde el momento del nacimiento el niño será inscrito y tiene determinados derechos⁴⁷, pero no hace alusión a que tenga que cumplir unos requisitos determinados.

La capacidad jurídica se tiene o no se tiene, no se admiten grados ni admite matizaciones, es igual para todo el mundo; por lo que los términos de capacidad jurídica y personalidad vienen a ser coincidentes.

La capacidad jurídica es, por lo tanto, consustancial a la persona y por ello se halla fuera del comercio de los hombres; una persona no puede despojarse de la aptitud para recibir una herencia, por ejemplo.

Una vez se han realizado los requisitos anteriormente mencionado, no significa que podamos hacer todo lo que queramos. El hombre en el momento de nacer necesita atenciones y cuidados para salir adelante hasta llegar a la madurez.

Aquí es donde aparece el término **capacidad de obrar**, que es la posibilidad de gobernar esos derechos y obligaciones de que se es titular.

⁴⁵ Artículo 33 CC.

⁴⁶ Artículo 30: Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Pero éste ha sido modificado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Entró en vigor el 23 de julio del 2011.

⁴⁷ En concreto establece: El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

A diferencia de la jurídica, no es igual para todas las personas, pero esta desigualdad no es ni puede ser arbitraria; es decir, tiene su razón de ser.

Es nula en el recién nacido, y creciente con la edad hasta alcanzar el pleno juicio, y puede variar en función de las características particulares de cada persona.

En este apartado es interesante mencionar al *artículo 322 CC*, el cual determina:

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Es decir, se entiende una capacidad de obrar general que se presume plena y que corresponde al individuo mayor de edad no incapacitado. Esto representa la posibilidad de llevar a cabo todos los actos o negocios que no requieran una edad distinta y mayor, las limitaciones han de ser expresamente establecidas.

Las únicas limitaciones de la capacidad de obrar que hoy reconoce el derecho, son la menor de edad y la falta de aptitud para gobernarse, esto da lugar a los estados de menor de edad e incapacidad.

En este apartado también se podría hacer mención a la Ley 1/1996, más concretamente en su artículo 2:

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Podríamos concluir diciendo que la plena capacidad de obrar se adquiere a los 18 años cuando se llega a la mayoría de edad, aunque hay situaciones específicas en las que se considera y admite a la persona que todavía no ha alcanzado a la mayoría de edad, sobre todo el menor adolescente, realizar determinados actos sobre la consideración de una cierta madurez. En cambio, hay otras más restrictivas en las que se exige una mayor edad para formalizar actos o negocios.

Aunque en este último caso se puede hacer mención a la figura del Representante Legal, que en la mayoría de los casos serán los progenitores o establecer unos tutores en otras ocasiones, cuando sea necesario, todo tendente a conseguir una mayor protección del menor y en su interés.

En términos generales, podríamos recoger en tres puntos genéricos de las razones por las que nuestro Derecho limita la capacidad de obrar del menor:

- 1) La falta de conocimiento natural. Un menor, como un mayor, no puede realizar actos jurídicos cuando carece de inteligencia para ello; la diferencia está en que respecto al infante existe una presunción de hecho de falta de conocimiento.
- 2) La falta normal de independencia del menor, pues ha de estar regularmente bajo la patria potestad o tutela.

- 3) El beneficio que le permite eludir la responsabilidad comercial, como merecedor de especial protección. Lo que, de modo indirecto, origina ciertas limitaciones especiales, respecto de los negocios necesitados de completa firmeza.

A continuación, vamos a pasar a otro concepto de gran relevancia en este trabajo y por tanto muy importante a la hora de su entendimiento. Estamos hablando del término **emancipación**.

En el apartado anterior ya se hizo mención de este término, se le podría considerar como la situación intermedia entre la minoría y la mayoría de edad, ya que permite al menor que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad iniciarse como mayor de edad, con algunas limitaciones.

“un acto solemne o un beneficio de la Ley, que tiene como consecuencia liberar al menor de la patria potestad o la tutela y conferirle el gobierno de su persona juntamente con una cierta capacidad, si bien limitada a la pura administración de sus bienes⁴⁸”.

Aquí habría que hacer una aclaración: cuando el menor este sujeto a patria potestad se puede conceder la emancipación; cuando esta sujeto a tutela se concede el beneficio de la mayoría de edad.

Para diferenciar los tipos de emancipación, vamos a clasificarlos en las siguientes clases:

- a) Emancipación por concesión paterna: son los progenitores los que conceden la emancipación y es necesario que el menor haya cumplido dieciséis años y que consienta la emancipación.
- b) Emancipación por concesión judicial: es el propio menor que solicita a la autoridad judicial que se le conceda la emancipación. Para ello se requiere haber cumplido los dieciséis años y alguno de los siguientes supuestos:
 - Cuando los padres vivieren separados.
 - Cuando concorra cualquier caso que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.
 - Cuando quien ejerce la patria potestad contrae nupcias o convive maritalmente con persona distinta al otro progenitor. Se sobreentiende que con quien convive el menor está divorciado o es viudo.
- c) Emancipación por matrimonio: es el matrimonio el que da derecho a la emancipación y parece lógico pensar que aquel que constituye una nueva familia no tenga que estar sujeto a otra autoridad familiar.

⁴⁸ COLIN Y CAPITANT, *Emancipación y mayoría de Derecho Civil*, 11 de noviembre de 2012.

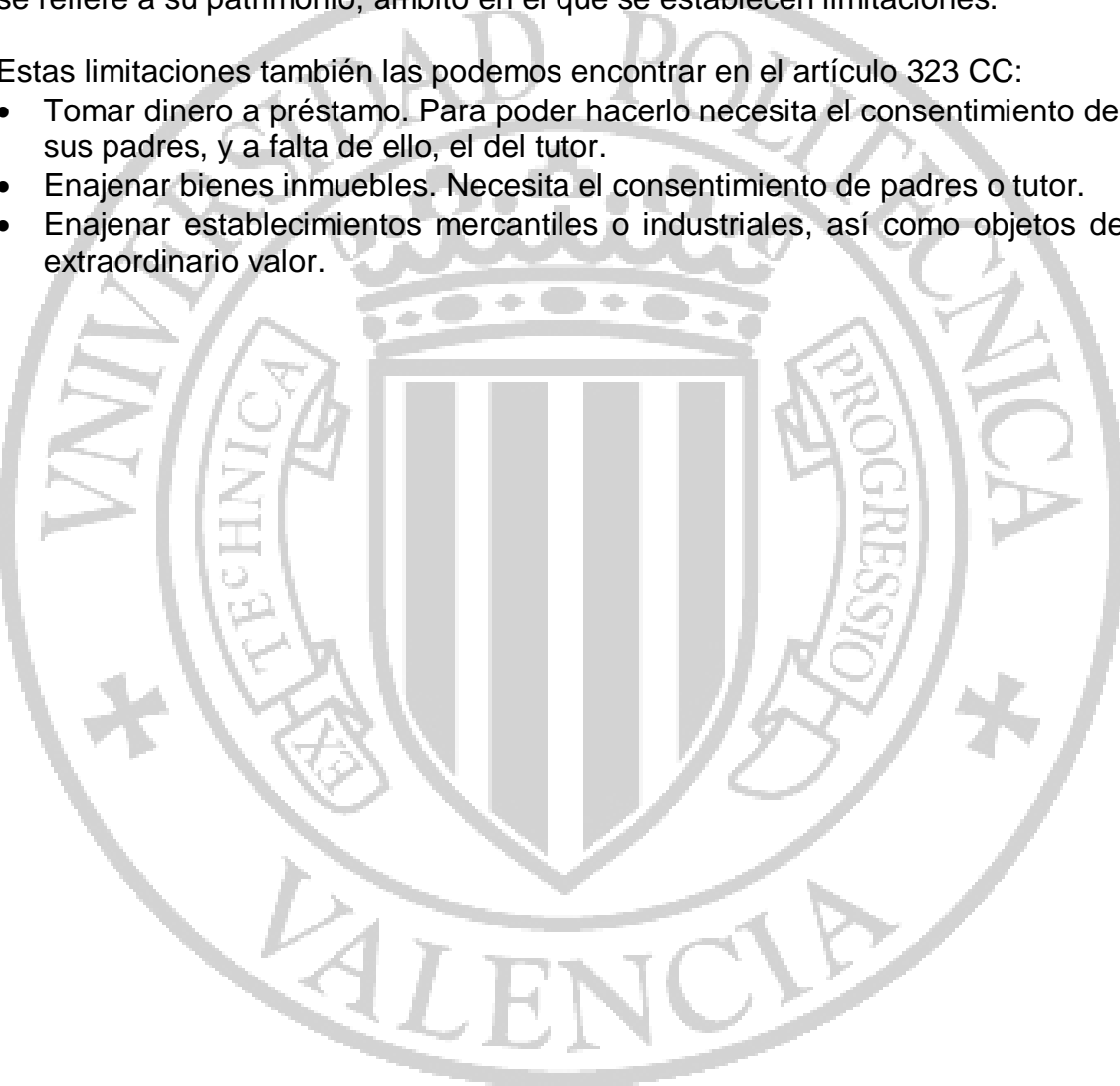
-
- d) Emancipación por vida independiente: no se requiere ninguna formalidad, simplemente que el menor lleve una vida económica independiente de la de sus padres y éstos la autoricen. A diferencia de los otros, es el único supuesto en el que la emancipación es revocable. Es imprescindible que se hayan cumplido dieciséis años.

Al igual que en la capacidad de obrar, aquí en la emancipación también hay una serie de limitaciones establecidas por la Ley.

Podemos distinguir dos esferas en la vida del menor emancipado: la que se refiere a su persona, que se puede equiparar con la mayoría de edad, y la que se refiere a su patrimonio, ámbito en el que se establecen limitaciones.

Estas limitaciones también las podemos encontrar en el artículo 323 CC:

- Tomar dinero a préstamo. Para poder hacerlo necesita el consentimiento de sus padres, y a falta de ello, el del tutor.
- Enajenar bienes inmuebles. Necesita el consentimiento de padres o tutor.
- Enajenar establecimientos mercantiles o industriales, así como objetos de extraordinario valor.



4. PRINCIPIOS POLÍTICOS Y RECTORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO O DESAMPARO QUE AFECTEN A MENORES

4.1 En la legislación estatal común

En el marco de la CE, el capítulo III del Título I regula los “principios rectores políticos, sociales y económicos” (arts. 39 a 52).

Tales principios informan sobre la actuación de los poderes públicos, la práctica judicial y la legislación positiva⁴⁹. Comprenden sectores relevantes tanto a nivel sociales como individual, la protección jurídica de las familias⁵⁰, su protección social y económica, el acceso a la cultura⁵¹, la protección a la salud⁵², medio ambiente⁵³, etc.

En definitiva, se puede decir que son normas constitucionales de carácter programático que orientan la actuación de los poderes públicos.

⁴⁹ El derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas escritas que aprueba un Estado soberano. Puede consistir en derecho vigente o no, según la norma se encuentre en vigor para una población determinada o haya sido derogada por promulgación de una posterior. Es impuesto colectivamente para ordenar la convivencia de las personas.

⁵⁰ Artículo 39.1 CE: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

⁵¹ Artículo 44 CE:

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.
2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

⁵² Artículo 43 CE:

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

⁵³ Artículo 45 CE:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

En este apartado vamos a hacer especial mención al artículo 39 CE, el cual abarca temas en relación a la familia, la protección de los hijos y la asistencia de los padres. Concretamente dice así:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo tipo a los hijos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Según OCÓN DOMINGO⁵⁴, este artículo interpreta a la familia como intrínseca y determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, dando a entender que la familia se ocupará particularmente de los menores.

Es decir, la noción constitucional de familia no alude a una simple unidad de convivencia, de afecto, por compromiso mutuo o relación de parentesco. Por lo tanto, todos los intentos en aumentar vínculos no relacionados con la generación u obligaciones intrínsecas que de ellas se deriven, son considerados inconstitucionales e incompatibles con el deber de protección jurídica que impone el artículo 39.1.

Podemos mencionar también al PINAZO HERNANDIS⁵⁵, quien describe así los principios rectores que deben llevarse a cabo tanto en el ámbito de la infancia y de la juventud:

- El principio de integración familiar proyectado sobre la concepción de las medidas tutelares.
- El beneficio e interés del niño.
- La situación de las medidas en el interior de los sistemas de protección social.
- La labor pública es subsidiaria y a la par complementaria de la labor familiar, supuesto siempre el respeto a la autonomía de la misma.

Junto a la Constitución, una ley de vital importancia en este ámbito fue la **Ley Orgánica 1/96**, que reconoció al menor de edad como sujeto activo y participativo, promoviendo su autonomía como la mejor manera de garantizar la protección a la infancia.

⁵⁴ OCÓN DOMINGO, J. "Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España", revista del ministerio y asuntos sociales, 2003, págs. 13 y 14.

⁵⁵ PINAZO HERNANDIS, J. *Las políticas de protección de menores en La Comunidad Valenciana y su organización administrativa*, Universidad Politécnica de Valencia, 2011, pág. 3.

Dicha ley establece los siguientes principios rectores, que regulan la actuación de los poderes públicos estableciendo principios como:

1. Supremacía del interés del menor.
2. Mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
3. Su integración social y familiar.
4. Prevención de todas aquellas situaciones que pueden perjudicar su desarrollo personal.
5. Sensibilización de la población ante situaciones de desprotección e indefensión del menor.
6. Promover la participación y solidaridad social.
7. Objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de las medidas.
8. La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.
9. La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.
10. La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.
11. El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.
12. El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

Las Administraciones Públicas deberán facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen.

Dentro de su ámbito pertinente, articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y también las referidas a los derechos enumerados en esta ley.

Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales y en todo caso se garantizarán a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que su discapacidad requiera.

Las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, vivienda, sanidad, educación, transportes, servicios sociales, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, tiempo libre, juego, espacios libres y nuevas tecnologías (TICs).

También cabe decir que los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores.

Con todo esto, los poderes públicos deben desarrollar actuaciones encaminadas a la prevención, asistencia, sensibilización, detección, notificación y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.

4.2 Normativa autonómica valenciana

En primer lugar, citaremos el artículo 10 del **Estatut d'Autonomía de la Comunitat Valenciana**, que regula la defensa integral de la familia, los principios informadores de la actuación para la protección de las familias, de la maternidad y el de las familias numerosas. De igual modo, se reconoce la protección de las situaciones de unión legalizadas.

A raíz de ello se puede entender que los derechos sociales de los ciudadanos valencianos van unidos al respeto de los valores y derechos universales de las personas. Así mismo, constituye uno de los fundamentos para el progreso cultural, económico y tecnológico de la Comunidad Valenciana.

La aprobación del Estatuto Autonómico fue una meta que había que alcanzar, dado el desarrollo económico, social y cultural que se había producido en la CV, al igual que un punto de partida para la consecución de una mayor calidad de vida en el territorio valenciano. Se ha garantizado la participación de la ciudadanía en la elaboración no sólo del presente texto normativo y de sus eventuales modificaciones, sino también en el diseño y ejecución de las políticas que resulten de aplicación en desarrollo de los derechos sociales que se reconocen en la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, tal y como dice MARTÍNEZ AGUT⁵⁶.

También en el ámbito de la Comunidad Valenciana procede mencionar la **Ley 4/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat**, por la que se aprueba la Carta de Derechos sociales de la Comunitat Valenciana⁵⁷. Más concretamente en su Título I, de los principios, derechos y directrices en el ámbito de la política social.

⁵⁶ MARTINEZ AGUT, MP. “*El niño y el adolescente en la Comunidad Valenciana: Ley de Protección integral y Ley de Derechos de Salud*”, quadernanimacio.net, 2008, págs 4 y 5.

⁵⁷ Se recoge el conjunto de directrices, principios y derechos sobre la actuación pública de la Generalitat en el ámbito de la política social.

El Conseller de Justicia y Bienestar Social (CABRÉ RICO, J), afirmó en su día: “Supone un avance más en la consolidación y reconocimiento de los derechos sociales a los ciudadanos de la Comunitat”.

Al igual que en la Constitución Española, abarca temas como la protección social, familiar, integración, educación, principios de actuación en cuanto sanidad y protección de la salud, etc. Sin embargo hace mención de otros ámbitos como los de seguridad y vinculación territorial⁵⁸, donde se reconocen derechos a los valencianos en su materia de seguridad en el territorio, derecho a disfrutar de un medio adecuado, a la equidad territorial y al disfrute de una vivienda digna.

Otros temas tratados aluden a la marginación, pobreza o exclusión y discriminación social⁵⁹ o a la renta de ciudadanía,⁶⁰ que garantiza una renta mínima en los términos previstos en la Ley.

En su artículo número 13, aborda los principios rectores de la política de la Generalitat en el ámbito de los servicios sociales; se afirma que deberá desarrollar actuaciones a fin de establecer un sistema de servicios sociales contribuyendo al bienestar y al desarrollo de las personas, así como la promoción de la convivencia, cohesión social, integración, detección de necesidades sociales y personales, y por último, el reparto equitativo de los recursos.

Llegamos a la materia normativa especializada en la materia, la **Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana**.

El preámbulo de la Ley (aptdo I), queda constancia de la importancia de la norma: “La presente ley tiene como finalidad regular la protección integral de la infancia y la adolescencia, la promoción y el desarrollo de los derechos básicos del menor, regulando de manera integral y sistemática el reconocimiento, la promoción y el desarrollo de las modernas tendencias y orientaciones sobre la protección de la infancia y la adolescencia”.

La primera mención a los principios de la Generalitat en materia de protección del menor se encuentra en el Título I, artículo 3 de la ley. Estudiaremos individualmente cada una de ellos.

Esta carta se estableció con el fin de crear un nuevo marco de protección y garantía de los ciudadanos en la propia Comunidad como respuesta a las continuas demandas de la sociedad actual.

Esta Carta de Derechos Sociales está bajo el cumplimiento de los siguientes principios:

1. Principio de vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades humanas.
2. Principio de transversalidad, es decir, será de aplicación transversal el conjunto de la actuación de la administración de la Generalitat.
3. Principio de participación ciudadana, el cual se regirá según la normativa autonómica.

⁵⁸ Artículo 15 Ley 4/2012.

⁵⁹ Artículo 16 Ley 4/2012.

⁶⁰ Artículo 17 Ley 4/2012.

A) Primacía del interés superior del menor o “favor minoris” sobre cualquier otro interés legítimo concurrente. Para la determinación del interés superior del menor se tendrá en cuenta la condición del menor como sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales y socioeconómicas en que se desenvuelve, buscando siempre la confluencia entre el interés del menor y el interés social.

Para analizar este párrafo habrá que aludir a varias definiciones mencionadas en el apartado anterior, tales como la de mayoría de edad⁶¹, generalmente a partir de los 18 años, exceptuando casos especiales⁶²; o el interés superior de niño, la garantía de protección del menor ante cualquier situación que pudiera perjudicarlo o poner en peligro su bienestar.

Se hace referencia al menor como sujeto de derechos y responsabilidades, y ello nos lleva a pensar en el alcance de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; es decir, aquella que se adquiere desde el nacimiento de la persona y aquella que se ejerce una vez alcanzado la mayoría de edad.

Tal y como dice DE BARTOLOMÉ CENZANO⁶³, el interés superior del niño debe entenderse como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como judicial.

La Ley 1/1996 también señala en su artículo número 2 que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; se considera como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos⁶⁴.

También podemos encontrar alusión a este principio en nuestro Código Civil, en relación a la guarda y acogimiento de menores⁶⁵, en el que señala que se buscará siempre el interés superior del menor⁶⁶ al igual que a los diferentes preceptos⁶⁷.

⁶¹ Artículo 315 CC La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento. Y artículo 12 CE, el cual hace referencia a los 18 años para la mayoría de edad.

⁶² Distintos casos de la emancipación.

⁶³ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº. 3, 2012, pág. 46.

⁶⁴ Art. 11.2.

⁶⁵ Arts. 172-174.

⁶⁶ Art. 172.4.

⁶⁷ Art. 173.3 y 4, y 173 bis.

Autores como ALEGRE, HERNÁNDEZ y ROGER⁶⁸; consideran que esta supremacía debería ser entendida de una manera sistemática, dando a entender que únicamente el reconocimiento de los derechos en su conjunto, asegurará la protección a la supervivencia, desarrollo y derechos del niño. A su vez declaran que la protección de los derechos del menor no puede ser limitada o parcial, teniendo como resultado el reconocimiento de todos los derechos en su totalidad y sin ninguna limitación, respetando los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. El interés superior del niño se puede considerar también como una norma de interpretación o de resolución de conflictos, actuando como una pauta para dar resoluciones en casos de controversias que se pudieran presentar con relación a otros derechos o sujetos de derecho.

Por último, aunque no menos importante, se hace mención al artículo número 3 de la Convención de los Intereses y Derechos del Niño, el cual entiende al interés superior del niño como consideración primordial para cualquier toma de decisiones que conciernen a los niños. A través de esto entendemos que los derechos del niño no son asimilables a los intereses colectivos ya que se puede entrar en conflicto con determinados grupos de interés social. En estos supuestos predominará el interés superior del niño frente al interés colectivo.

B) No discriminación por razón de nacimiento, sexo, nacionalidad, etnia, religión, lengua, cultura, opinión, discapacidad física, psíquica o sensorial, condiciones personales, familiares, económicas o sociales, tanto propias del menor como de su familia.

Este principio lo vemos reflejado en la Constitución española en su Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo segundo, “Derechos y libertades”; más concretamente en su artículo 14⁶⁹ el cual dice así:

“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier circunstancia personal o social”.

Por supuesto, no nos podemos olvidar de mencionar el artículo primero de nuestra Constitución, el cual garantiza que España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, propugnando como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

⁶⁸ ALEGRE, S., HERNANDEZ, X. y ROGER, C. “El interés superior del niño, interpretaciones y experiencias”, Unicef, 2014, p. 2-4.

⁶⁹ La introducción de este artículo marcó el fin del Antiguo Régimen, convirtiéndose en una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales, sobretodo de los revolucionarios franceses.

Aparte de los artículos mencionados anteriormente, también encontramos otros artículos como los siguientes: 9⁷⁰, 23⁷¹, 31⁷², 32⁷³ o 39⁷⁴.

Así podemos observar que la Constitución Española de 1978 abarca numerosos aspectos en relación a este principio de no discriminación.

De tal forma, entendemos la discriminación como todos aquellos actos u omisiones realizadas por ciertas personas o instituciones hacia otro grupo de personas, los cuales producen desigualdades en su acceso a recursos y/o oportunidades, tales como la salud, educación, empleo o alimentación.

Discriminar es el acto de tratar a otro individuo o individuos de una manera ilegal o desfavorable por motivos sociales, raciales, religiosos, etc.

En muchas fuentes se considera la discriminación como un trato “desventajoso”; es decir, no hace falta que una persona sea dañada físicamente, sino simplemente ser tratada de una manera inferior que a los demás para ser discriminada.

En la Unión Europea encontramos reflejado este principio en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (firmado el 25 de marzo del 1957 en Roma), en su artículo número 2 que dice así: La unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOC 303 de 14/01/2007), podemos observar la existencia de un artículo dedicado exclusivamente a la no discriminación. Estamos hablando del artículo 21, en el cual se cita expresamente la prohibición a toda discriminación, tanto por razones de raza, sexo, color, opiniones políticas o de cualquier tipo, características

⁷⁰ Art 9 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁷¹ Art 23 CE: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

⁷² Art 31 CE: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

⁷³ Art 32 CE: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica”.

⁷⁴ Art 39 CE: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

genéticas, orígenes étnicos o sociales, patrimonio, edad, discapacidad, nacimiento u orientación sexual.

C) Integración social del menor en todas las medidas de prevención y protección que se adopten en relación con él, las cuales deberán contar con la colaboración del menor, su familia y las instituciones públicas y privadas.

Antes de nada hay que entender el significado de la palabra “integración”. Podemos entenderla como la inclusión de las personas marginadas en la sociedad actual. En este caso sería la propia incorporación de los menores en los distintos ámbitos sociales.

La integración se define también como un proceso dinámico con múltiples fases, en el cual las personas que se encuentran en distintos grupos sociales, ya sean por diferentes familias, religiones, sectores de trabajo, culturales, etc., se juntan bajo un objetivo o una meta en común.

En el supuesto de la integración de los menores, la situación es más compleja, debido a que su conocimiento de las realidades es distinta es asimilado de una forma diferente debido a su edad temprana. Estos conocimientos se van construyendo a lo largo de los años a partir de las experiencias, relaciones e interacciones adquiridas y/o experimentadas por el menor.

Para que la integración se lleve a cabo, las distintas Administraciones Públicas adoptarán las diferentes medidas y recursos necesarios para poder facilitar esta vía a los menores con el fin de completar tanto su realización personal, su integración, como el ejercicio de sus derechos.

Aquí es importante mencionar a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷⁵, cuya disposición tercera habilitó al Gobierno para dictar las disposiciones pertinentes para la correcta aplicación y desarrollo de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social⁷⁶.

⁷⁵ BOE núm. 299, 12 de diciembre de 2009.

⁷⁶ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. Modificada por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y de la Ley 37/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003), y Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011).

D) Permanencia o reagrupación familiar, procurando, en la medida de lo posible, la unidad familiar. Todo ello bajo la consideración de que los niños tienen en la familia su ámbito natural de protección y realización personal.

Aquí es interesante mencionar al Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo tribunal hace hincapié en la efectividad del derecho a la vida de familia (se encuentra reflejado en el artículo 8 del mismo Convenio) ⁷⁷.

Sin embargo, tal y como opina FERNÁNDEZ SÁNCHEZ⁷⁸, “no podemos extender esta interpretación sobre las obligaciones positivas de los Estados de respetar efectivamente la vida de familia con el derecho de agrupación familiar de los extranjeros”⁷⁹.

Otros autores, como el magistrado DE PRADA SOLAESA, opina que éste artículo “respetar” a la vida familiar pero no lo garantiza; esto quiere decir que no hay garantía existente a una vida familiar privada ⁸⁰.

Estas conclusiones también las podemos encontrar reflejada en el mismo apartado D de éste artículo, cuando hace expresa mención a “permanencia o reagrupación familiar, procurando *en la medida de lo posible*, la unidad familiar.

4.3 Las políticas de prevención de situaciones de riesgo o desamparo de menores en la Comunidad Valenciana

A) Introducción

⁷⁷ Artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos. 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 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.

⁷⁸ FERNÁNDEZ SANCHEZ, P. “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, Universidad de Huelva, 2016, p. 375-377.

⁷⁹ Está regulado por las siguientes leyes y reglamentos:

1. Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.
2. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos del 16 al 19).
3. Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 52 al 58).

⁸⁰ DE PRADA SOLAESA, J.R. *La jurisprudencia de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación a los extranjeros*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 490.

Las políticas preventivas tienen la finalidad de impedir, restringir, prevenir, etc. cualquier situación que se pueda considerar o categorizar como potencial de riesgo, dañino o de desamparo para el menor.

Las actuaciones preventivas son llevadas a cabo por los múltiples departamentos competentes de la Administración, ejerciendo sus competencias oportunas garantizadas por la Ley 12/2008 mencionada⁸¹.

Además de dicha ley, estos principios de actuación se pueden ver reflejados en la Constitución⁸², en Tratados y acuerdos internacionales⁸³, la Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana y en otras normas que integran el ordenamiento jurídico.

En su artículo número 86 de la ley, dentro del capítulo II, De las políticas de prevención y las medidas de asistencia a los menores dice así: “Se dará prioridad en sus actuaciones a las intervenciones educativas, sociales y terapéuticas con los menores, utilizarán los servicios y recursos comunitarios y fomentarán programas de inserción y de intervención familiar, garantizando que estas actividades sean realizadas por profesionales y educadores en el propio entorno del menor”.

Las políticas preventivas deben ser reforzadas, y tal prevención se puede conseguir por muchos medios, tales como las diversas campañas con fines informativos y de sensibilización social para poder disminuir las causas de desprotección o carenciales en las que se puedan ver sometidos los menores, así como la explotación, los casos de maltrato o incluso abandono.

⁸¹ Ley 12/2008 de 3 de julio, de la Generalitat, de la protección Integral de la infancia y adolescencia de la Comunitat Valenciana.

Artículo 4: líneas de actuación a seguir:

- a) La promoción y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos a los menores en la Constitución, Tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado español, la Carta de Derechos del Menor de la Comunitat Valenciana y demás normas que componen el ordenamiento jurídico.
- b) El desarrollo de políticas familiares de apoyo y asistencia, para que la familia pueda asumir plenamente sus responsabilidades respecto a los menores.
- c) La intervención de carácter educativo, social y terapéutico en la actuación con menores.
- d) La educación de los menores en los valores de solidaridad, tolerancia, igualdad y respeto a los principios democráticos y de convivencia.
- e) El desarrollo de políticas de prevención y la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la formación y el desarrollo integral de los menores.
- f) El impulso de la iniciativa privada y la participación social en las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas.
- g) La coordinación de las distintas Administraciones Públicas de la Comunitat Valenciana en el ámbito de la defensa y protección del menor.

⁸² Título I de la Constitución del 1978, de los derechos y deberes fundamentales.

⁸³ Convención de las Naciones Unidas, Convenio de la Haya 1993, Convenio Europeo de la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Roma 1950, etc.

B) Políticas de prevención en materia de apoyo a la familia

Se contemplan en el art. 87 de la ley 12/2008, y su clave se centra en la actuación hacia los padres o tutores.

Así los objetivos principales de esta política de prevención en materia de apoyo a la familia son los siguientes:

- a) La promoción de la educación parental, dirigida especialmente a familias desfavorecidas, familias vulnerables, familias con situaciones de violencia, familias monoparentales y a cualquier núcleo familiar o de responsabilidad parental en situación de riesgo.
- b) El fomento de programas de sensibilización, programas comunitarios de intervención familiar y programas especializados dirigidos a la inserción social de familias de inmigrantes.
- c) El apoyo a la familia mediante intervenciones técnicas de carácter social o terapéutico, así como orientación y mediación familiar.
- d) Las prestaciones económicas compensadoras de carencias económicas y materiales destinadas a la atención de necesidades básicas.

La fiscalidad última de esta política es lograr el cese en la situación de riesgo. Para comprender el alcance de los riesgos a los menores conviene definir la palabra “riesgo”, entender el significado de este.

Por “Riesgo” entendemos cualquier exposición a un estado donde la persona con probabilidad de que pueda sufrir daño. Es considerada una desventaja, amenaza o vulnerabilidad a que un cierto acto, el cual tiene efectos negativos, pueda ocurrir y perjudicar al tercero.

Por otra parte, cabe definir una “situación de riesgo” como aquella en la que debido a circunstancias familiares o personales, o derivadas del entorno, se vea afectado el desarrollo del menor a nivel personal o social.

Pero una cosa es que objetivamente pueda existir una situación de riesgo y otra que resulte necesaria la intervención de la Administración o fin de declarar la situación de desamparo del menor, cuyas causas y efectos están tasados por la Ley, como veremos.

También es interesante hacer mención a los principios de actuación que se debe seguir en caso de presentarse una presunta situación de riesgo. Estos principios están regulados en el artículo 94 de la ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de la protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

Se podría decir que uno de los objetivos principales es satisfacer la Administración a la hora de actuar es siempre procurar las necesidades del menor, así como mejorar su entorno familiar, siempre y cuando exista una colaboración voluntaria de los padres o tutores del respectivo menor⁸⁴.

Otro objetivo primordial es evitar cualquier circunstancia que pudiera originar esa situación de desprotección. Es una acción prioritaria para todas las Administraciones Públicas, entidades públicas y privadas relacionadas con la protección de menores.

Todas las situaciones de riesgo deberán de ser atendidas mediante las medidas de apoyo familiar anteriormente mencionadas y serán las Entidades Locales correspondientes las encargadas del desarrollo y aplicación de los recursos de apoyo familiar, respetando siempre la legislación vigente tanto en materia de protección de menores, el régimen local pertinente o en materia de acción social.

Las entidades locales tendrán el apoyo y la ayuda de los servicios territoriales competentes de cada Administración Autonómica para poder llevar a cabo el cumplimiento de estas funciones.

Por último cabe mencionar a las instituciones y entidades colaboradoras de integración familiar, las cuales al igual que las entidades locales, también están autorizada a prestar apoyo familiar siempre teniendo en cuenta lo dispuesto en las normativas reguladoras en relación al funcionamiento de los servicios de atención a menores.

C) Políticas de prevención en materia de educación

La regulación de esta materia la encontramos en el artículo 88 de la ley 12/2008, de 3 de julio.

Dentro de éste se definen todos los objetivos a los que se debe orientar las distintas actuaciones de las Administraciones competentes:

- a) La promoción de los servicios de atención educativa a menores, en especial en la edad temprana.
- b) Garantizar la escolarización obligatoria.

⁸⁴ Art 94.1, Ley 12/2008:

- a) La integración y el mantenimiento del menor en su entorno familiar.
- b) La disminución de los factores de dificultad social que incidan en la situación personal y social de los menores.
- c) La promoción de los factores de protección social de los menores con su familia.
- d) La prevención de situaciones de desarraigo familiar.

- c) La prevención y control del absentismo escolar.
- d) La prevención del fracaso escolar.
- e) La ampliación de las medidas compensatorias dirigidas a menores que presentan dificultades de inserción por encontrarse en situación desfavorable derivada de circunstancias personales, familiares, étnicas, culturales, económicas o sociales.
- f) El desarrollo de programas formativos de garantía social dirigidos a menores en situación de rechazo del sistema escolar, absentismo o fracaso.
- g) El desarrollo de programas formativos de integración social dirigidos a menores con dificultades especiales.
- h) Desarrollar programas de formación profesional que garanticen la futura inserción laboral de los menores y los adolescentes.

En la Comunidad Valenciana existen planes de prevención en los centros educativos dirigidos tanto al alumnado, como para la formación del personal y de su entorno.

Un ejemplo de éste sería en plan PREVI (Prevención de la violencia y promoción de la convivencia escolar en la Comunitat Valenciana). Este plan se caracteriza por sus medidas de prevención de la violencia en el ámbito escolar, como por ejemplo, incrementando la supervisión de los adultos, medidas para incrementar y promover posibles soluciones de los conflictos que se puedan presentar, medidas de prevención dirigidas a la propia población en riesgo, etc.

“El plan PREVI supone un intento para modificar el clima escolar promocionando un claro mensaje de que la violencia es inaceptable y el reconocimiento de que todos los miembros tienen una responsabilidad directa de actuar y fomentar la participación de la comunidad escolar”⁸⁵.

D) Políticas de prevención en materia de salud

En la Constitución Española de 1978, podemos encontrar las políticas de protección en materia de salud reconocido en el artículo 43.

⁸⁵ VICENTE FÉLIX, M. SORIANO FERRER, MC. GODOY MESAS, C. MARTÍNEZ RUIZ, I. *Prevención de la violencia y promoción de la convivencia escolar en la Comunitat Valenciana (Plan PREVI)*, Universitat de València, Conselleria d'Educació de la Comunitat Valenciana, 2008, págs. 1 y 5.

Según este artículo, es derecho de los poderes públicos el deber de tutelar y organizar la salud pública mediante las correspondientes medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios⁸⁶.

Por otra parte, la Ley general de la salud pública (Ley 33/2011, de 4 de octubre), consideraba que la Constitución sólo hacía interpretaciones generales en cuestión de salud pública. Es por ello que esta Ley desarrolla de una manera más detallada el derecho a la asistencia sanitaria frente a la enfermedad, la promoción y protección de la salud, etc.

En cuanto a la Comunidad Valenciana, se aprobó la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana. En esta Ley se estableció la organización de los servicios sanitarios públicos, así como la creación de un organismo autónomo de la Agencia Valenciana de Salud.

Pero tras la aprobación de la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, dicho organismo se extinguió haciendo efectivo el derecho a la participación ciudadana a través de la constitución del Consejo de Salud de la Comunidad Valenciana.

Sin embargo, las distintas actuaciones por las que se tiene que regir la salud pública, están plasmadas en la Ley 4/2005, de 17 de junio, de salud pública de la Comunitat Valenciana. Esta ley contempla todas las actividades de la salud pública, áreas como la vigilancia, prevención, planificación y protección de la salud.

Volviendo a la Ley 12/2008, las políticas preventivas en cuanto a la materia de salud, se encuentran desarrolladas en el artículo 89 de la misma. Los principales objetivos son definidos así:

- a) La educación y promoción para la salud.
- b) La realización de campañas de vacunación.
- c) El desarrollo de programas de intervención temprana.
- d) La educación afectivo-sexual adecuada a cada etapa evolutiva del menor.

⁸⁶ Artículo 43, Constitución 1978:

Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

e) La prevención del consumo de alcohol, tabaco, drogas y otras sustancias nocivas para la salud.⁸⁷

f) La prevención de los accidentes, especialmente en el ámbito del hogar.

E) Políticas de prevención en materia de formación y empleo

Las políticas preventivas en cuanto a la formación y el empleo las encontramos desarrolladas en el artículo 90 de la ley 12/2008 de 3 de julio.

Empieza el artículo haciendo mención a los principales objetivos de formación y orientación socio-laboral hacia los menores, avanzando poco a poco hacia la madurez, pasando por la juventud.

Concretamente el artículo alude a los siguientes objetivos:

- a) La elaboración de programas de ayuda y orientación socio-laboral dirigidos especialmente a menores en situación de riesgo, vulnerabilidad y desprotección social y a jóvenes con dificultades sociales o que hayan salido de instituciones de protección e inserción de menores.
- b) La formación y orientación para el empleo.
- c) El fomento del empleo joven, con especial apoyo a aquellos que por sus circunstancias personales o sociales encuentran mayores dificultades para su incorporación laboral.
- d) El control de las situaciones de explotación laboral.
- e) El cumplimiento de los fines recogidos en la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

En cuanto a la normativa sobre prevención de riesgos, podemos mencionar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales⁸⁸. En ella se desarrollan actuaciones dirigidas a la mejora de las condiciones de trabajo, mejorando así los niveles de protección de salud y seguridad de los trabajadores y fomentando una política preventiva dentro de las empresas que se dirija a esos mismos trabajadores.

Volviendo a la Comunidad Valenciana, la Generalitat Valenciana ha desarrollado un plan de prevención dirigido a aumentar el compromiso de los responsables de las distintas Consellerías y órganos administrativos encargados

⁸⁷ Regulada por el Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Drogodependencias y Otros Trastornos Adictivos (Ley 3/1997, de 16 de junio, de la Generalitat sobre Drogodependencias y Otros trastornos Adictivos).

⁸⁸ Modificada posteriormente por la Ley 54/2003.

de la implantación del plan, a su vez de diseñar un instrumento para facilitar la integración de la prevención en cuanto a riesgos laborales en los distintos centros de trabajo.

En cuanto a la regulación de los menores podemos destacar las siguientes características⁸⁹, los cuales los encontramos en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.
2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁹⁰, y en las normas reglamentarias aplicables.
3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.
4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

F) Políticas de prevención en materia de relaciones sociales

⁸⁹ Art. 6 del el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁰ Art. 27 de la ley 31/1995:

1. Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.

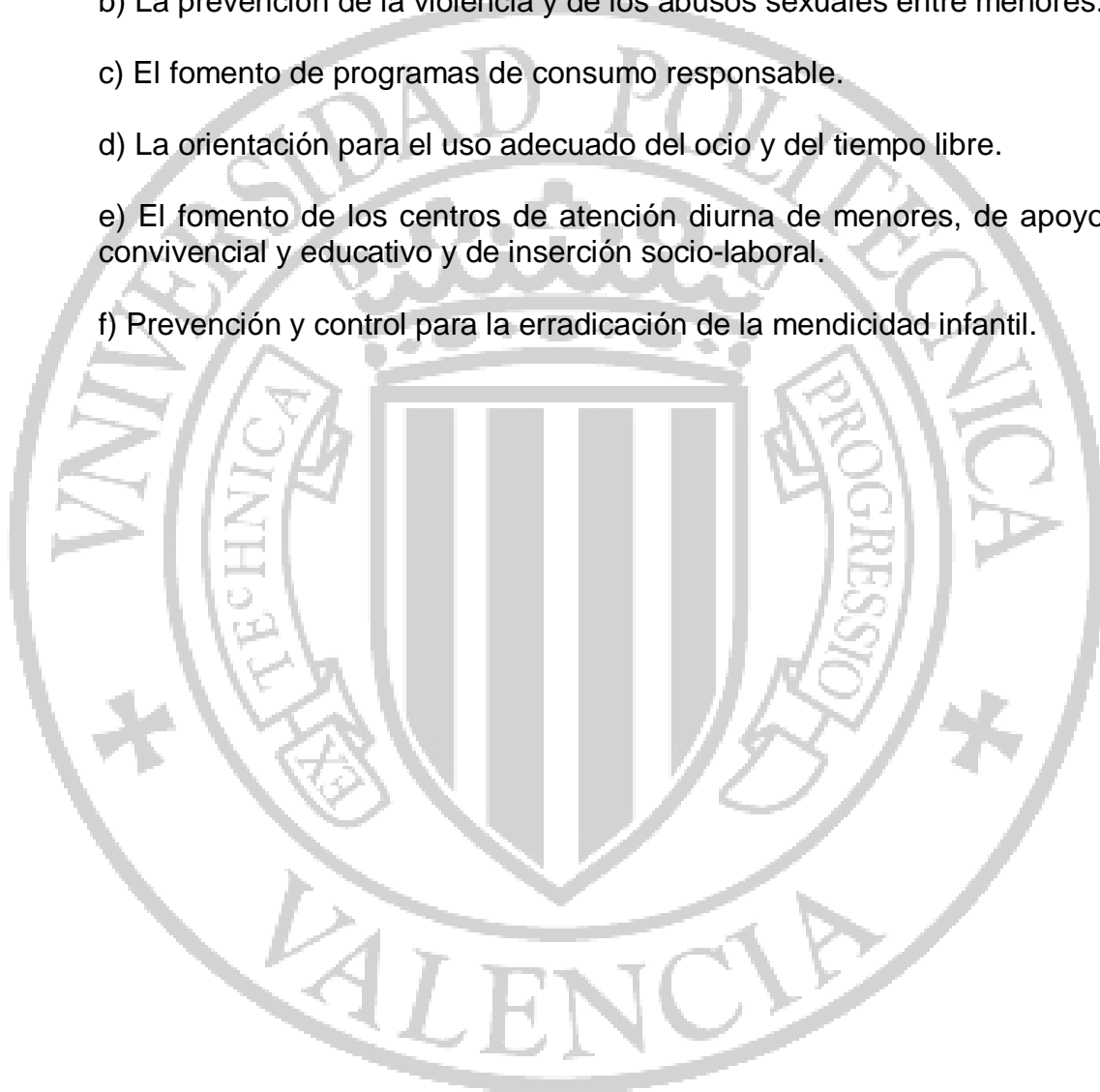
En todo caso, el empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud.

2. Teniendo en cuenta los factores anteriormente señalados, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos.

La referencia a esta materia la encontramos en el artículo 91 de la ley 12/2008, el cual dice así:

Las políticas de prevención en materia de relaciones sociales tendrán como principales objetivos:

- a) El fomento de los valores de solidaridad, civismo y respeto a los derechos humanos.
- b) La prevención de la violencia y de los abusos sexuales entre menores.
- c) El fomento de programas de consumo responsable.
- d) La orientación para el uso adecuado del ocio y del tiempo libre.
- e) El fomento de los centros de atención diurna de menores, de apoyo convivencial y educativo y de inserción socio-laboral.
- f) Prevención y control para la erradicación de la mendicidad infantil.



5. MEDIDAS DE ASISTENCIA AL MENOR ANTE SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN

Cuando hablamos de medidas de asistencia nos referimos a las posibles acciones que pueda realizar una Administración o cualquier ente local o estatal dirigidas al menor con el fin principal de garantizar su bienestar, especialmente para aquellos que se encuentran en una situación de dificultad social, ya sea por causa de desprotección, por haber situaciones de riesgo, por el entorno familiar, etc.

Es decir, se consideran medidas de asistencia o de protección al menor, aquellas acciones destinadas a erradicar o prevenir las posibles situaciones de riesgo o desamparo y poder garantizar así el desarrollo integral del menor.

En la Comunitat Valenciana, la Consellería de igualdad y políticas inclusivas de la Generalitat, es el órgano competente a la hora de aplicar estas medidas; aunque como bien hemos dicho anteriormente, hay actuaciones que corresponde desarrollar a las entidades locales y no son competencia la Conselleria.

A las Administraciones Públicas, dentro de sus respectivas competencias, les corresponde la adopción de las medidas de protección o asistencia de menores previstas en la legislación vigente.

Las medidas de protección de menores se encuentran reguladas en las siguientes normas:

- Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.
- Reglamento de medidas de protección jurídica del menor en la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, modificado por decreto 28/2009, de 20 de febrero.

Retomando la Ley 12/2008, encontramos las medidas de asistencia al menor plasmadas en el artículo 92:

1. La Generalitat garantizará, en todo caso, a los menores la atención inmediata ante situaciones de desprotección a través de los centros de recepción de menores.

2. La Generalitat procurará el asesoramiento y atención jurídica, pedagógica y psicológica básica a los menores que sean víctimas de abusos o maltrato, así como a menores agresores, a través de servicios especializados.

3. La Generalitat dispondrá de protocolos de detección temprana y derivación en situaciones de riesgo y desprotección con menores y sus familias. Dichos

protocolos vincularán a los sistemas sanitario, educativo, policial y de acción social.

Con carácter general, se consideran medidas de protección de menores aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo y desamparo y a garantizar el desarrollo integral del menor.

De forma específica, son medidas de protección de menores las siguientes:

- 1.- La asunción de la tutela por ministerio de la ley, previa declaración de la situación de desamparo del menor.
- 2.- La guarda.
- 3.- El acogimiento familiar.
- 4.- El acogimiento residencial.
- 5.- La adopción.
- 6.- Cualesquiera otras que redunden en interés del menor, atendidas sus circunstancias personales, familiares y sociales.

En este apartado es interesante mencionar al juez y autor de varios estudios, GÓMEZ HIDALGO, quien describe tres principales modelos o sistemas de tratamiento al menor, para poder determinar posteriormente el tipo de actuación a realizar.

Estos modelos son los siguientes⁹¹:

- El modelo de protección. El menor se presenta como un desvalido que necesita ser asistido, lo que amplía sobremanera tanto los presupuestos de la intervención, como las consecuencias aplicables, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos. La medida a adoptar será en la generalidad de los supuestos el internamiento en un reformatorio que le aparte del entorno que le perjudica, con la consecuencia de mantener la privación de libertad durante un período de tiempo que resultaría impensable de calificarse la misma consecuencia jurídica como lo que es en el fondo, una auténtica pena, aunque venga enmascarada con la etiqueta del ideal reformador.

- El modelo educativo. Se centra en la necesidad de desplegar una labor educativa sobre el menor, de modo que frente al sistema anterior, que opta por el internamiento del menor en un centro para su mejor tratamiento, ahora se trata de no desarraigarlo de su entorno y desde él potenciar su educación evitando en lo posible que entre en contacto con la maquinaria penal.

⁹¹ GOMEZ HIDALGO, J.H. *Estudio de las medidas establecidas en la ley reguladora de responsabilidad penal de los menores*, ilustre colegio de abogados de Ceuta, 2012, págs. 5 y 6.

-
- El modelo de responsabilidad, que reconoce la necesidad de reservar al menor un trato diferenciado respecto al régimen propio de los adultos. Ello no le lleva a ignorar el riesgo de que bajo dicho argumento el menor resulte privado de determinadas garantías ante la imposición de lo que es una auténtica pena, y para salvar este riesgo establece el carácter eminentemente restrictivo de cualquier intervención sobre el menor y reconoce sus garantías tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal.



6. SITUACIONES CONFLICTIVAS Y PROBLEMÁTICAS DEL MENOR

Día a día nos enfrentamos a múltiples situaciones y muchas de ellas puede que no sean de nuestro agrado, originando disputas, desacuerdos, tensiones, etc.

Estas situaciones se denominan “conflictivas” cuando la propia situación es inesperada, puede originar una pérdida de control, hacernos sentir inestables o que nos veamos incapaces de solucionar dicha situación.

Solemos percibir las situaciones conflictivas o problemáticas como algo negativo, algo que está mal en nuestro entorno, un momento de crisis para la cual debemos buscar una solución o una alternativa mejor.

Según la Real Academia Española, conflicto se define así:

Del lat. *conflictus*.

1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig.
2. m. Enfrentamiento armado.
3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.
4. m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción.
5. m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.
6. m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.

Por lo tanto, podemos considerar una situación conflictiva como una situación en la cual dos partes o más tienen intereses contrapuestos generando así una confrontación entre ellas, pudiendo llegar a perjudicar a terceras partes a causa de ello.

Cuando surge una situación de conflicto se produce un enfrentamiento, una discusión, una pelea, una lucha donde las partes que intervienen pretenden forzar a la otra para la consecución de sus propios objetivos.

Dicho desde una perspectiva simple, es cuando dos o más personas no están de acuerdo con el modo de actuar del otro u otros. Un ejemplo claro de eso sería una familia decidiendo dónde ir de vacaciones; los padres quieren montaña, pero los hijos quieren playa, ahí surge una situación de conflicto en la que la familia no se pone de acuerdo.

En cuanto a las situaciones o problemáticas del menor, se presentan casos diarios donde se ve perjudicado en múltiples circunstancias, como son la guarda, los distintos supuestos de custodia tras una crisis matrimonial, las situaciones de riesgo o desamparo (lo veremos con más detalle en el siguiente

apartado), las adopciones en situaciones conflictivas, en su entorno educativo o de salud, etc.

En las situaciones donde está presente un divorcio, las distintas medidas de la atribución de la custodia, guarda, régimen de visitas o incluso las pensiones de alimentos, afectan al menor directamente.

Otro ejemplo sería el uso de las nuevas tecnologías de hoy en día por ejemplo lo que podríamos llamar ciberacoso. A día de hoy el uso de tecnologías es cada vez mayor y cada vez más a edades tempranas⁹². En nuestros días es muy común que se presenten casos de agresión a los derechos y a los intereses de los jóvenes, haciendo que la intimidad de los menores pueda ser objeto de lesión por parte de terceras personas a través de una identidad falsa, causando así daños en el libre desarrollo de la personalidad del menor.

Estas son varias situaciones de conflicto o problemáticas a las que se puede enfrentar un menor, entre muchas otras.

6.1 Situación de riesgo

Día a día estamos expuestos a múltiples situaciones de riesgo en nuestra vida cotidiana.

Esas situaciones son las que involucran acciones u hechos que puedan ocasionar un daño/s físico/s o psicológico/s; es decir, son aquellas situaciones que conllevan una carga traumática para la mayoría de personas que tengan que enfrentarse a ellas, incluso para las personas que las rodean, tal y como menciona ROMEU⁹³.

Una situación de riesgo para el menor es aquella que por circunstancias del entorno, personales o interpersonales, puedan generar algún perjuicio para el desarrollo o el bienestar social o personal del menor.

En este caso no es necesaria ninguna actuación por parte del Ministerio ni adoptar ninguna medida de intervención hacia el menor. Los daños ocasionados en las situaciones de riesgo no llegan a alcanzar la gravedad suficiente como para que las Administraciones competentes tomen las medidas pertinentes, tales como la separación del núcleo familiar del menor en cuestión.

⁹² Según la investigación sobre “Equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares”, publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), un 94% de los menores utiliza el ordenador y un 92% navega en internet.

⁹³ ROMEU. *Situaciones de riesgo*, Romeu y Asociados, junio 2012.

Por lo tanto, sus actuaciones se limitan a la eliminación de los factores de riesgo dentro de la institución familiar; estas situaciones se resuelven a través de medidas de apoyo familiar⁹⁴.

Tal y como dice ALLUEVA AZNAR⁹⁵, la situación de riesgo es aquella en la que por circunstancias del entorno, personales o familiares, se ve perjudicado el desarrollo del menor; pero sin llegar a la intensidad necesaria como para la declaración de desamparo y por tanto sin alcanzar a una gravedad suficiente como para la separación del menor de su núcleo familiar.

Tanto la apreciación como la ejecución e intervención de medidas, es competencia municipal, tal y como mencionamos anteriormente.

En la LO 1/96 de protección jurídica del menor ya encontramos reflejado el concepto de situación de riesgo⁹⁶, aunque de una forma menos concisa en todos sus aspectos, tanto en la definición como en su contenido.

Debido a ello, se realizó una modificación de este artículo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, definiendo la situación de riesgo como aquellos conflictos sociales, familiares o educativos que, tanto en sus derechos como en su bienestar, necesitan la intervención de las administraciones públicas competentes para la posible eliminación si no la máxima reducción o compensación de las dificultades existentes que obstaculizan el buen desarrollo del menor. Eludiendo así cualquier posibilidad de desamparo y/o exclusión social, evitando la separación del entorno familiar del menor.

⁹⁴ Son las medidas de protección necesarias para cubrir las necesidades básicas del menor y mejoramiento del ambiente familiar. Todo ello con el fin de mantenerlo en dicho ambiente y su buen desarrollo integral.

- Asistencia a centros con carácter educativo.
- Ayuda a domicilio.
- Prestaciones económicas.
- Programas formativos de garantía social.
- Etc.

⁹⁵ ALLUEVA AZNAR, L. "Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores", *INDRET. Revista para el análisis del derecho*, nº. 4, 2011, págs. 9 y 10.

⁹⁶ Art. 17: Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.

De esta manera queda explícitamente formulado que las causas para declarar la situación de riesgo de un menor no son meramente en el ámbito familiar, sino en el resto de los ámbitos sociales y/o educativos, a consecuencia de ello observamos una ampliación de dichas situaciones de riesgo y con ello las administraciones competentes para su prevención y resolución.

Volviendo a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, le atribuye a las entidades locales todas las competencias en cuanto al diseño y el impulso de planes de intervención familiar para los menores que se encuentren en situación de riesgo residentes en su municipio⁹⁷.

Obviamente, también podemos encontrar una definición presente en esta ley relativa a la situación de riesgo. Ubicada en el artículo 93 de su capítulo tercero, dice así: "Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción por La Generalitat de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes, a través de los distintos servicios de apoyo a la familia y al menor"⁹⁸.

⁹⁷ Art. 85 de la Ley 12/2008:

1. Con objeto de garantizar que la toma de decisiones de los distintos agentes implicados en el bienestar de un menor confluya en dirección al interés superior del mismo, las actuaciones que las entidades locales y la entidad autonómica competentes en materia de protección de menores realicen se concretarán en un documento técnico.
2. Tal documento o plan habrá de contemplar tanto los objetivos generales como los objetivos concretos de la intervención en relación con el bienestar del menor:
 - a) Las medidas de apoyo familiar a utilizar, o en su caso, las medidas jurídicas que implican la asunción de la guarda del menor por parte de La Generalitat.
 - b) Las entidades, organismos, profesionales y familiares implicados en el plan de intervención, y responsabilidades asumidas por cada uno de ellos.
 - c) Las estrategias concretas de coordinación.
 - d) La temporalización de la intervención.
 - e) Y los sistemas para su evaluación y revisión.
3. Corresponde a las entidades locales diseñar e impulsar el desarrollo de los planes de intervención familiar de los menores en situación de riesgo residentes en su municipio. Corresponde a La Generalitat diseñar e impulsar el desarrollo de los planes de protección de los menores tutelados por la misma, y de aquellos que hubiera asumido la guarda o formalizado un acogimiento familiar.
4. Para la consecución de los objetivos que en el plan de protección de menores se determinen, se podrá requerir la colaboración e implicación de cualquier organismo, institución, entidad o persona que se considere oportuno, y crear las comisiones y grupos de trabajo en los ámbitos sanitario, educativo y de acción social que favorezcan su desarrollo.

⁹⁸ Art 93 de la Ley 12/2008.

a) Principios de actuación

Como hemos dicho anteriormente, corresponde a las entidades locales las funciones de detección, valoración, apreciación y declaración de las posibles situaciones de riesgo. Tal y como queda constatado en el artículo 96 de la Ley 12/2008⁹⁹.

Será la propia administración pública competente la encargada de efectuar la declaración de tales situaciones, al igual que la emisión de una resolución administrativa motivada, que deberá contener ciertas medidas con las que poder mediar la situación de riesgo en cuestión y llegar a una conclusión corrigiendo las causas de dicho riesgo hacia el menor.

Antes de continuar con los principios de actuación, cabría definir también lo anteriormente mencionado como “apoyo familiar”. Tal definición la encontramos en el artículo 95 de la misma ley 12/2008 de protección integral del menor:

1. Es una medida de apoyo familiar aquella intervención técnica realizada por profesionales del equipo municipal de servicios sociales o las posibles prestaciones económicas que otorguen las entidades públicas o todos aquellos servicios o programas de los distintos centros de ámbito local.
2. Todas las actuaciones anteriormente mencionadas tendrán como objetivo principal la prevención de situaciones de desarraigo familiar y serán preceptivas en todo programa de intervención con el menor y su familia.

Según RUÉ PÉREZ¹⁰⁰ estos programas son una herramienta de organización y planificación personalizada, de las actuaciones con el menor durante su estancia en el centro, con el objetivo de influir positivamente en el desarrollo de menores en los diferentes contextos.

Los principios de actuación los encontramos reflejados en el artículo 94 de la Ley 12/2008, el cual dice así:

1. La actuación de la administración se dirigirá a procurar la atención de las necesidades del menor, como su medio familiar, siempre que haya

⁹⁹ Artículo 96 de la Ley 12/2008: Valoración de la situación de riesgo.

1. Corresponde a las Entidades Locales, la detección, valoración, apreciación y declaración, de las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor.

2. Cuando los equipos municipales de servicios sociales tengan conocimiento, por sí o a través de la comunicación de terceros, de que un menor pueda encontrarse en situación de riesgo, iniciarán las actuaciones oportunas para su comprobación, evaluación y, en su caso, intervención, estableciendo el oportuno plan de intervención familiar.

¹⁰⁰ RUÉ PÉREZ, M.T. Acogimiento residencial de menores. Revisión de la legislación autonómica valenciana. *Revista de educación social*. 2015. págs. 288 y ss.

una colaboración voluntaria de los padres o tutores para consecución de:

- a. La prevención del desarraigo familiar.
 - b. La integración y mantenimiento del entorno familiar del menor.
 - c. La disminución de factores de dificultad social para el menor.
 - d. La promoción de factores de protección social.
2. Toda situación de riesgo se atenderá mediante las medidas de apoyo familiar.
 3. Las entidades locales son las encargadas de desarrollar y aplicar dichas medidas de apoyo familiar, siempre dentro del marco de la legislación vigente. Las administraciones autonómicas deberán apoyar todas las funciones que desarrollen las entidades locales para su cumplimiento.
 4. Estas medidas también podrán ser prestadas por las instituciones y las entidades colaboradoras de integración familiar, siempre y cuando estén autorizadas conforme a lo dispuesto en el régimen de autorización y funcionamiento de los servicios de atención a menores.

En relación a lo mencionado aquí, es interesante citar el artículo 17 de la Ley 26/2015, el cual también afirma que es la administración pública competente quien interviene en las situaciones de riesgo conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica que le sea aplicable, siempre coordinando con los centros sanitarios, sociales, educativos y las distintas entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial en cuestión.

b) Valoración de la situación de riesgo

Hay que recordar que toda decisión tomada por las administraciones públicas o cualquier ente local, tiene que velar por la supremacía del interés del niño y su mantenimiento en la familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

En la Ley 1/1996 encontramos el artículo 17¹⁰¹ donde explicita que la evaluación de las situaciones de riesgo conlleva una valoración y una puesta en marcha de un proyecto, bien de intervención social o educativo familiar.

¹⁰¹ Ley 1/96, art 17.4

La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Estos proyectos deben contener los objetivos, los recursos, las actuaciones y los plazos previstos para promover los distintos factores o medidas de protección del menor y su mantenimiento en el ámbito familiar.

No hay que olvidar la colaboración de los padres o tutores o los guardadores o acogedores, en su caso, en los proyectos llevados a cabo y sus respectivas opiniones que puedan tener a la hora de consensuar dicho proyecto o plan, el cual debe ser firmado por las partes.

Como ya dijimos, la situación de riesgo será declarada por la administración competente conforme a la legislación estatal y autonómica¹⁰², con previa audiencia a los progenitores, tutores o acogedores, y del menor en caso de tener madurez suficiente o en todo caso, a partir de los doce años. Frente a la resolución administrativa se podrá interponer los recursos en vía administrativa o en vía judicial correspondiente.

La negativa de dichos progenitores, tutores o acogedores a prestar consentimiento respecto a tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o la integridad física o psíquica del menor, constituye también una situación de riesgo. En estos casos, las autoridades sanitarias deberán informar a la autoridad judicial a fin de que se pueda adoptar las decisiones correspondientes para proteger el interés del menor¹⁰³.

Volviendo a la ley autonómica valenciana, la ley 12/2008 de protección integral de menores, la valoración de la situación de riesgo corresponde a las Entidades Locales, así como su detección, apreciación y declaración de tales situaciones que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor¹⁰⁴.

Una vez los equipos municipales tengan constancia de los sucesos, ya sea por comunicación de terceros o por propia investigación, se deberá iniciar el procedimiento adecuado para su comprobación, evaluación y si procede, su intervención.

Es importante contrastar la importancia de que, a pesar de la existencia de una situación de riesgo, ello no significa que se vaya a iniciar un procedimiento que concluya con la declaración de situación de riesgo, sino que se inician las actuaciones de los servicios sociales.

Los servicios sociales son los que determinarán y evaluarán la situación en la que se encuentra el menor y a partir de ahí las medidas de actuación social y educativa pertinentes, con el objetivo de disminuir o eliminar tal situación de riesgo con, preferiblemente, o sin la ayuda de los progenitores o tutores

Una vez impuestas las medidas pertinentes ante las situaciones de riesgo, si no se apreciara ninguna mejoría o eficacia en cuanto a la intervención aplicada,

¹⁰² Ley 1/1996, art. 17.5.

¹⁰³ Ley 1/1996, art. 17.10.

¹⁰⁴ Ley 12/2008, art. 96.

sin poder garantizar una asistencia moral y material del menor, se podría solicitar la declaración de desamparo y así proceder a la separación del menor de su núcleo familiar.

C) Cese de la situación de riesgo

La situación de cese se produce cuando las circunstancias que dieron lugar a la situación del riesgo desaparecen o se entienden compensadas. O por otra parte, cuando los Servicios Territoriales competentes, declaren nula tal situación¹⁰⁵.

6.2 Declaración de desamparo

Una situación de desamparo se produce a causa de un incumplimiento, o del imposible o la inadecuada consecución de los deberes de protección que hayan sido establecidos por los entes locales o la administración pública competente en su día para hacer frente a las situaciones de riesgo¹⁰⁶.

A causa de esa imposibilidad del cumplimiento de las medidas adoptadas, se aconseja la separación del menor de su núcleo familiar, ya que las demás medidas han sido excluidas.

La situación de desamparo es declarada por la administración o ente público correspondiente al territorio municipal del menor. En el caso de la Comunidad Valenciana, la competencia es de la Generalitat, gestionada por la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas.

La valoración de esta situación de desamparo es cuestionada en el momento en que no existan los recursos necesarios para poder llevar a cabo el proyecto previsto cuando se declaró la situación de riesgo.

La LDOIA considera en situación de desamparo a los menores que se encuentren en una situación de hecho en la cual carezcan de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor¹⁰⁷.

a) Efectos

¹⁰⁵ Ley 12/2008 art. 98.

¹⁰⁶Ley 12/2008 art. 99.1. Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las Leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

¹⁰⁷ LDOIA, Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, art 105.

Los efectos se producen una vez las administraciones públicas competentes de cada territorio hayan intervenido en las situaciones de riesgo, una situación de desprotección en la que no se requiera la separación del menor de su núcleo familiar, o concluido el plazo en el cual no se haya observado ninguna mejoría, disminución o desaparición de las situaciones que causaron tal riesgo, y por consiguiente, sin poder garantizar el buen desarrollo moral o material del menor.

Una vez se haya declarado tal situación, la administración es quien asume el control de la siguiente fase y al mismo tiempo se asume la guarda del menor mediante procedimientos como el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

De esta manera, la Ley 12/2008 manifiesta que es la Generalitat quien tiene la responsabilidad de la tutela y protección del menor. La declaración de desamparo lleva consigo la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria. Solo serán válidos los actos con contenido patrimonial realizados por los padres y/o tutores, los que sean beneficiosos para el sujeto en cuestión¹⁰⁸.

Cabe resaltar que los casos de pobreza de los progenitores o tutores no son considerados factores para determinar una situación de desamparo. La misma situación se presenta cuando una de las partes, ya sean los progenitores o tutores, o el menor, sufren discapacidad.

b) Procedimientos

En cuanto a los procedimientos relativos a esta materia, podemos encontrarlos en diversos artículos de múltiples leyes, tales como la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

Empezaremos por la Ley 1/1996, concretamente el artículo 18, donde establece las diferentes actuaciones de las entidades públicas ante situaciones de desamparo.

Una vez declarada la situación de desamparo, las entidades públicas deberán seguir las actuaciones previstas en el artículo 172 del Código Civil¹⁰⁹,

¹⁰⁸ Ley 12/2008, art. 99.2: Ante la situación de desamparo de un menor, La Generalitat tiene encomendada, por ministerio de la Ley, la tutela y protección del mismo. La declaración de la situación de desamparo llevará consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, si bien serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres y tutores en beneficio de los menores y que sean beneficiosos para él.

¹⁰⁹ Código Civil, art. 172:

1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando 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 notificando en legal forma a

asumiendo la tutela y adoptando las medidas oportunas de protección y siempre poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y en su caso, del juez asignado al expediente del menor desamparado.

Se procederá a declarar situación de desamparo en los siguientes casos¹¹⁰:

1. La existencia de un caso de abandono del menor.
2. La constitución de la guarda voluntaria o cuando los responsables no estén en condiciones de asumir las funciones de guarda.
3. Existencia de riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. Tales como malos tratos, abusos sexuales, negligencias en cuanto al cumplimiento de las obligaciones alimenticias y de salud, cuando el menor sea objeto de trata de seres humanos o la aparición de conflictos entre los progenitores o tutores; consumo de productos adictivos del menor con el consentimiento,

los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

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.

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 padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

5. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

6. 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.

¹¹⁰ Ley 1/1996, art 18.2.

conocimiento o tolerancia de estos. Dicho consentimiento se considera otorgado cuando los progenitores no realizan los esfuerzos necesarios para evitar esta situación.

4. Riesgo para la salud mental, la integridad moral y el desarrollo de la personalidad del menor.
5. Imposibilidad o inadecuado cumplimiento de los deberes de la guarda.
6. Inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución o cualquier otra explotación del menor.
7. Por la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada (absentismo escolar).
8. Cualquier otra situación que pueda ser grave y perjudicial para el menor, que cause incumplimiento o imposibilidad del buen ejercicio de la patria potestad, la tutela o guarda.

Pasando a la Ley 12/2008, encontramos los procedimientos de la declaración de la situación de desamparo en su capítulo III, artículo 100.

Una vez se filtre información por la que se tenga conocimiento de una presunta situación de desamparo en la que un menor pueda estar involucrado, los servicios territoriales competentes de la Generalitat en materia de protección de menores, deberán abrir un procedimiento administrativo con la finalidad de verificar si la situación denunciada tiene veracidad o no y a consecuencia de ello adoptar las medidas oportunas o no para poder garantizar una atención completa al menor.

Mientras procede esta instrucción, cabe solicitar todos los informes necesarios para conseguir un conocimiento completo de las condiciones en las que se encuentra el menor y el de la propia familia.

Se dará trámite de audiencia tanto a los padres como a los posibles tutores o los responsables de la guarda del menor, que podrán presentar los documentos que estimen oportunos para el proceso y presentar alegaciones.

Ligado a este punto, también se ofrece la posibilidad de audiencia al menor cuando éste supere los 12 años, o en caso contrario, tenga suficiente juicio, cuestión que será valorada por distintos informes psicológicos.

Una vez superado todos estos trámites, la Comisión técnica competente deberá presentar una propuesta de resolución motivada, justificando los hechos y las causas que hayan determinado la declaración de situación de desamparo, en su caso. Así mismo, también se expondrán las distintas medidas de protección complementarias, su previsión y alcance, y la forma y duración de estas actuaciones.

A tales fines, la persona titular de los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat, deberá declarar la situación de desamparo mediante una resolución motivada. En ella se reflejará la asunción de la tutela y las diferentes formas para el ejercicio de la guarda.

La resolución deberá ser notificada a los padres, tutores o guardadores en un plazo de cuarenta y ocho horas. A ser posible, la notificación se realizará de forma presencial y explicando de manera clara las causas que justificaron la intervención de la Administración y de los posibles efectos que se puedan derivar a consecuencia de ello.

Esta actuación se hará simultáneamente a la ejecución material de la resolución. En estos casos, la Administración de la Generalitat de la Comunitat Valenciana, podrá pedir la cooperación y asistencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Este es el procedimiento ordinario relativo a la declaración de la situación de desamparo. Sin embargo, podemos encontrar también un procedimiento de urgencia¹¹¹.

El procedimiento de urgencia se produce cuando se requiere una rápida intervención de la Administración Pública sin la necesidad de que se complete todo el proceso de instrucción que hemos detallado anteriormente.

Este procedimiento se activa por la existencia de un peligro para la integridad física o psíquica del menor. En este caso, los servicios territoriales competentes podrán proceder de forma inmediata a la declaración de desamparo y asumir la tutela del menor, a través de una resolución motivada.

A estos efectos, la persona titular de los servicios territoriales del órgano de la Generalitat competente en materia de protección de menores podrá delegar la firma de la citada resolución.

6.3 Asistencia letrada

La asistencia letrada es un derecho fundamental, consistente en el apoyo al detenido de un abogado en diligencias judiciales y policiales, asegurando que se realice una adecuada lectura e información de sus derechos, sobre las causas por las que ha sido detenido, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión.

La asistencia letrada es la garantía constitucional que hace efectivo el derecho a la defensa en juicio y al consiguiente proceso.

¹¹¹ Ley 12/2008, art. 101.

La intervención de un letrado en un procedimiento judicial es un ejercicio libre e independiente, al igual que una manifestación de un derecho: el derecho a la defensa.

Este derecho de rango constitucional a la defensa y a la asistencia letrada, está presente en convenios internacionales validados por España, teniendo valor de derecho interno tal y como lo establecen los artículos 10.2¹¹² y 96.1¹¹³ de la Constitución española.

Así mismo, vemos en su artículo 24¹¹⁴ la consagración del derecho de los ciudadanos a la defensa y a la asistencia letrada sin que en ningún caso se pueda producir indefensión. Paralelamente, encontramos el artículo 17.3¹¹⁵, el cual garantiza el derecho a la asistencia de un abogado al detenido en las diligencias judiciales y policiales, en los términos establecidos en la ley.

Volviendo a la Ley 12/2008, encontramos lo referente a la asistencia letrada en el artículo 102, el cual dice así:

“Los menores que hayan sido tutelados por la Generalitat por ministerio de la Ley, podrán ser representados y defendidos en juicio sin perjuicio de las competencias que le puedan corresponder al Ministerio Fiscal, exceptuando siempre aquellos casos en los que se produzca un conflicto de intereses.”

La defensa y representación será realizada por los letrados y abogados de la abogacía general de la Generalitat.

¹¹² Art. 10.2, CE: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹¹³ Art 96.1, CE: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

¹¹⁴ Art. 24 CE: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

¹¹⁵ Art. 17.3, CE: Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

Se podrá contar con la colaboración de letrados de instituciones colaboradoras. Aunque en estos casos será necesaria la previa autorización del titular del órgano competente territorial de la Generalitat en materia de protección de menores que esté ejerciendo la tutela del menor.



7. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE MENORES DESAMPARADOS

Las medidas de protección constituyen acciones protectoras establecidas por la ley cuya ejecución corresponde a la Comisión de Tutela del Menor.

Es interesante mencionar aquí que en la legislación estatal se reconoce la obligación de establecer un plan individualizado de protección realizado por las Entidades Públicas competentes, para todos los menores que se encuentren en situación de desamparo o guarda.

Los planes de protección deberán contener unos objetivos, la previsión y el plazo en el cual se establecerán las medidas que las familias deberán adoptar. En caso de que el menor sufra una discapacidad, la entidad pública pertinente garantizará los apoyos necesarios para que se puedan aplicar las medidas de protección.

7.1. Tutela

La palabra tutela proviene del latín *tutēla*, potestad que la autoridad adjudica a ciertas personas para el cuidado de una persona que no tiene capacidad civil suficiente, ya sea por minoría de edad u otras causas.

Por lo tanto, la figura del tutor es la de aquel que adquiere la autoridad y la responsabilidad, en los casos de ausencia de padres del menor en cuestión, sobre el sujeto y sus bienes.

La figura del tutor puede ser toda aquella persona mayor de edad con la capacidad suficiente como para poder ejercer la representación legal de otra. Para ello, no debe tener ningún impedimento, como por ejemplo el no tener capacidad para ejercer sus derechos fundamentales.

La tutela supone, en general, el amparo, la defensa y dirección de una persona sobre otra.

Es una relación legal que permite que una persona se haga responsable de otra, de cuidarla/o y administrar sus bienes, ya que el otro sujeto (el tutelado) no tiene capacidad para cuidarse de sí mismo.

La tutela es una institución de familia, con la finalidad de proteger tanto a la persona, como a su patrimonio o, ambas cosas.

De igual forma, cabe decir que hay tutelas que se ejercen solamente sobre los bienes o las pertenencias de una persona, pero no sobre la persona misma, no afecta a su esfera personal, sino a la patrimonial.

Es interesante mencionar la similitud entre la tutela y la patria potestad¹¹⁶, en cuanto se refiere a sus finalidades, es decir, priorizar la protección de las personas que estén sujetas a las instituciones tutelares, a su control y supervisión judicial.

Podemos decir que la tutela es subsidiaria en cuanto a la patria potestad, en relación con los tutelados menores de edad y las personas incapacitadas.

La tutela es una institución jurídica, de protección y asistencia, que supone dar amparo y asilo al menor tutelado. Las obligaciones, acciones y funciones de un tutor o tutor legal se regulan por ley. Un tutor puede ser excluido si los padres así lo hubieran declarado a través de un testamento, al haber sido condenado por un delito familiar, o por ejemplo al estar cumpliendo algún tipo de condena. El órgano ejecutivo de la tutela es el tutor, el cual tiene facultades representativas respecto al menor.

La condición de tutor se otorga mediante resolución judicial, y cesa por la recuperación de la patria potestad por parte de los progenitores o de un progenitor, por su adopción o fallecimiento del individuo tutelado.

La tutela de los menores puede ser concedida y asumida por aquellas personas próximas o parientes, en cuanto se demuestre que son idóneos y de buena fe y reputación, velando siempre por el interés del niño y no se muevan por ningún interés personal.

Por lo general, las personas que podrían someterse a tutela, son los siguientes:

- Los menores de edad no emancipados.
- El pródigo que se gasta o derrocha sus bienes sin medida ni razón.
- Locos o dementes y sordomudos que no puedan entender ni comunicarse por ningún medio eficazmente.
- Ebrios que alcanzan el punto donde pierden la capacidad de administrar sus propios bienes, declarados como tales mediante sentencia.

¹¹⁶ Art. 154 CC. Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

- Drogodependientes declarados mediante sentencia.

En nuestro Código Civil, encontramos en su capítulo II del título X, de libro 1^o¹¹⁷, sobre la tutela, la curatela y la guarda de los menores o incapacitados, el artículo 222 donde menciona los supuestos en los que se está sujeto a la tutela:

- 1^o Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- 2^o Los incapacitados, cuando así lo haya establecido la sentencia.
- 3^o Los sujetos a la patria potestad prorrogada¹¹⁸, al cesar esta, salvo que proceda la curatela.
- 4^o Los menores que se hallen en situación de desamparo.

Volviendo a la Ley 1/1996, vemos que su artículo 23 dispone que se llevará a cabo un registro de tutelas de menores, para el ejercicio de la función de vigilancia atribuida al Ministerio Fiscal, asumida por la Entidad pública por ministerio de la Ley.

a) *Tutela de la Administración por ministerio de la ley*

Su régimen legal viene contenido en el artículo 103 de la Ley 12/2008.

Una vez sea declarada la situación de desamparo de un menor, la Generalitat asumirá por ministerio de ley la tutela del mismo, en los términos establecidos en el Código civil.

¹¹⁷ Concretamente desde el artículo 222 hasta el 285.

¹¹⁸ Artículo 171, CC.

La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada terminará:

- 1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.
- 2.º Por la adopción del hijo.
- 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.
- 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

La Entidad Pública correspondiente a cada territorio, tiene por ministerio de la ley la tutela del menor una vez se haya declarado su situación de desamparo. Deberá adoptar las medidas necesarias para su guarda, poniéndolo siempre en conocimiento del Ministerio Fiscal y en su caso del juez que dictaminó su tutela. Todas las medidas a adoptar se notificarán a los progenitores, tutores o guardadores, así como al menor afectado sin sobrepasar un plazo de cuarenta y ocho horas.

Cuando la Entidad Pública declara tal situación, ello lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Pero sí serán válidos los actos de contenido patrimonial que fueran a realizar los progenitores o tutores en representación del menor, siempre velando por el interés de éste.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

El siguiente paso después de haberse constituido la tutela es, a través de los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de menores, ejercer las funciones¹¹⁹ de tutor conforme lo dispuesto en la legislación civil.

Estas funciones las encontramos en el artículo 269 del CC:

1. Procurar alimentos.
2. Educar al menor y procurarle una formación integral.
3. Promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
4. Informar anualmente al juez de la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona¹²⁰.

Por último, cabe decir que la entidad pública, ya sea de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia, o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal¹²¹.

¹¹⁹ Art. 269 CC.

¹²⁰ Art. 172.4 CC.

¹²¹ Art. 172.8 CC.

b) Tutela ordinaria

La tutela ordinaria es un régimen de protección destinado a menores no emancipados, pero carentes (temporal o permanentemente) de su medio familiar.

En este caso, la figura del tutor deberá acoger a un menor (por decisión judicial) al que se le haya separado de su ámbito familiar, teniendo que asumir su custodia y la representación de mismo, tanto de su persona física y moral, como de sus bienes patrimoniales. Siempre sin olvidar y teniendo como principio primordial el interés superior del niño/a.

Según LEONSEGUI GUILLOT¹²², están sujetos a tutela ordinaria:

- a) Los menores de 18 años no emancipados y que no estén bajo la patria potestad.
- b) Los incapacitados, cuando la sentencia que declare la incapacitación lo haya establecido. Esta sentencia determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o curatela a que haya de quedar sometido el incapacitado.
- c) Los sujetos a la patria potestad prorrogada al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. La prórroga de la patria potestad puede cesar por muerte de los padres, por declaración de fallecimiento o por privación judicial de la patria potestad.

En caso de que la Administración de la Generalitat se encuentre con un menor en situación de desamparo, tendrá que promover la constitución de la tutela ordinaria, siempre y cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumirla en interés de éste¹²³.

7.2 Guarda

Entendemos por guarda de menores o de incapacitados una de las funciones implícitas en la patria potestad, que abarca como hecho fundamental el de facilitar al menor todo tipo de cuidados y el tenerlo en su compañía.

Es el contenido personal de la tutela o patria potestad; de esta manera, la figura del guardador deberá velar por los intereses del menor, estar en su compañía y auxiliarlo siempre que lo necesite, así como las obligaciones de alimentación, educación, su formación integral, etc.

¹²² LEONSEGUI GUILLOT, R.A. *La tutela ordinaria de menores y la tutela automática de la administración como formas jurídicas de protección de niños en la situación de calle*, UNED España, 2017, págs. 3 y 4.

¹²³ Art. 104 de la Ley 12/2008.

Una vez definida ésta, cabría diferenciarla de la patria potestad anteriormente mencionada. Como ya dijimos, la patria potestad hace referencia a todos los derechos y deberes que tienen los padres frente a sus hijos. Es la relación que existe entre los padres y el hijo/a desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o hasta su emancipación. Engloba las funciones de guarda, representación y administración de los bienes del menor, ya que a este se le considera incapaz en ese momento.

Por otra parte, la guarda o custodia hacen referencia al hecho de que los padres o tutores o cuidadores, en su caso, tendrán la obligación de convivir con dicho menor, cuidarlo y educarlo tras haber sido dictaminado así por una sentencia del juez. Es independiente de la patria potestad.

Concluimos que la diferencia entre ellas es que la patria potestad hace referencia a la representación general de los hijos y sin embargo, la custodia se centra en la convivencia habitual con estos.

Un ejemplo de ello sería cuando se produce una ruptura matrimonial, ambos cónyuges suelen mantener la patria potestad, pero en cambio, en cuanto a la guarda podría tenerla solo uno de ellos o en algunos casos si la custodia es compartida, ambos.

En los casos de guarda, las Comunidades Autónomas deberán aportar ayudas o facilidades a las familias con dificultades, el apoyo necesario para el buen cumplimiento de sus obligaciones respecto a sus hijos.

Toda la ayuda proporcionada se destina a poder mantener al menor en su familia de origen¹²⁴ y así evitar situaciones de desamparo de menores.

¹²⁴ Art.11.2 de la Ley 1/1996:

Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

- a) La supremacía de su interés superior.
- b) 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.
- c) Su integración familiar y social.
- d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección.
- f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten.
- g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social.
- h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.
- i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como

El procedimiento para la adjudicación de la guarda se inicia a instancia de parte y siempre teniendo en consideración al menor; por lo tanto, cualquier toma de decisión se realizará después de haberlo escuchado¹²⁵ si tiene más de 12 años, o en caso contrario, se tendrá en consideración el discernimiento del menor, siendo imprescindible la emisión de un informe psicológico, así como de las personas que ostentarán la guarda. El proceso acabará con la resolución administrativa de la Comunidad Autónoma respectiva.

a) Asunción de la guarda

Existe la posibilidad de que la propia Generalitat se haga cargo de la guarda:

- Asumir la guarda por ministerio de ley, teniendo en consideración el artículo 172 del Código Civil anteriormente mencionado.

la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.

- j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.
- k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.
- l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.
- m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

¹²⁵ Art. 9 de Ley 1/1996:

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

- Cuando los titulares de la patria potestad, por lo general los progenitores ¹²⁶, lo soliciten a la Generalitat Valenciana. Siempre justificando las causas que imposibilitan la atención al menor.
- Cuando el juez así lo disponga en los casos que legalmente proceda.

Por último, haremos mención a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

Más concretamente, su sección III, “De la guarda”, artículo 105, el cual define la asunción de la guarda.

1. La Generalitat asumirá temporalmente la guarda del menor como medida de protección:
 - a. Cuando se declare la situación de desamparo y la tutela es asumida por ministerio de la ley.
 - b. Cuando los titulares de la patria potestad o los tutores así lo soliciten a la Generalitat por no poder atender al menor por circunstancias graves debidamente acreditadas.
 - c. Cuando sea acordada judicialmente, es decir, mediante sentencia de un juez.
2. La asunción de la guarda, como cualquier variación que pueda sufrir esta, deberá ser acordada mediante resolución adoptada por la persona titular de los servicios territoriales pertinentes del órgano competente de la Generalitat. Todo ello a propuesta de la comisión técnica competente en su caso.

¹²⁶ Existen casos opuestos en los que se encomienda la guarda a terceras personas, ello se encuentra reflejado en el artículo 103.1 del Código Civil:

Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Toda resolución deberá ser notificada a los titulares de la patria potestad y al Ministerio Fiscal, ya que tiene como obligación la vigilancia y supervisión del estado del menor¹²⁷.

Esta resolución se hará efectiva, una vez se haya realizado la notificación, dejando una vía abierta en caso de querer recurrir a ella sin necesidad de reclamación administrativa previa¹²⁸.

En este punto conviene destacar que, como señala la Sentencia del TC núm. 58/2008, de 28 de abril, “el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo no se configura como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que se amplían ex lege las facultades del juez

¹²⁷ Art. 154 de la Ley 12/2008:

Colaboración con el Ministerio Fiscal

1. La Generalitat colaborará con el Ministerio Fiscal, como garante de la protección y defensa de los derechos y libertades de los menores.
2. A tal efecto, con el fin de facilitar al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, los órganos competentes de La Generalitat en materia de protección de menores y en materia de ejecución de las medidas judiciales impuestas por los Juzgados de Menores, deberán comunicarle de forma inmediata los nuevos ingresos de menores en centros, remitirle copia de todas las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de tutelas, guardas y acogimientos, darle cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor, facilitarle el acceso a los centros y a cualquiera de sus dependencias, y la consulta de los archivos y atender los requerimientos y escritos relativos al ejercicio de sus funciones.

¹²⁸ Art. 172.2 del CC:

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 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.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés superior del menor”¹²⁹.

b) Guarda voluntaria

La guarda voluntaria tiene lugar cuando los padres o tutores ceden el cuidado de sus hijos mediante solicitud a la Administración, asumiendo este a la guarda del menor temporalmente, ya que los padres no se pueden hacer cargo de él por causas graves.

Esta guarda voluntaria tiene un periodo de duración de dos años, transcurrido el cual el menor deberá volver con su familia biológica, o en caso contrario, será declarado en situación de desamparo y por lo tanto se seguirán las medidas de protección oportunas en su caso.

En consecuencia, de lo mencionado anteriormente podemos decir que la guarda voluntaria es un instrumento de apoyo provisional ante situaciones graves por las que estén pasando los padres o tutores, impidiéndoles cumplir sus deberes familiares.

Podemos decir que, a rasgos generales, los requisitos para que se cumpla la guarda voluntaria son los siguientes:

- Cuando exista imposibilidad de atención al menor por causas o circunstancias justificadas y ajenas a la voluntad de los padres o tutores. Es decir, no se pueden encontrar en los padres o tutores comportamientos como desinterés, despreocupación o descuido, ya que todas las causas acreditadas deben ser independientes de la voluntad de ellos. Por ejemplo, por condenas penales, enfermedad, por motivos laborales, etc.
- Otro requisito para que se cumpla la guarda, es que las condiciones mencionadas anteriormente que imposibilitan la atención de los menores, sean temporales y transitorias. De esta manera, se adopta la guarda cuando las causas de la imposibilidad de la guarda no sean irreversibles, ya que en caso contrario debería declararse la situación de desamparo.

A raíz de lo dicho anteriormente, se podrían definir tres características generales en esta materia:

1. Legitimación. Toda solicitud debe estar formulada por los titulares legítimos del derecho y no por cualquier persona ajena al menor.
2. Voluntariedad. El procedimiento se inicia a instancia de parte, mediante una solicitud voluntaria.

¹²⁹ MARÍN GARCÍA DE LEORNARDO, M.T. “Protección social y jurídica del menor en situación de riesgo o desamparo en la Comunidad Autónoma Valenciana: ley 12/2008, de 3 de julio”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2008, pág. 11.

3. Justificación. Toda solicitud debe estar justificada en base a la imposibilidad de los padres o tutores para la adecuada atención de sus hijos, tanto en su asistencia moral como material, por circunstancias graves y a su vez, temporales y transitorias.

La guarda no es la solución a problemas que no tengan ni principio ni fin; la guarda tampoco responde a las situaciones cronificadas que no tengan límite visible en el tiempo o aquellas situaciones que sean compatibles con las situaciones de desamparo debido al imposible cumplimiento de los padres o tutores de sus deberes de protección y cuidado hacia los menores.

Volviendo a la Ley 12/2008, encontramos la guarda voluntaria en su artículo número 106, donde se plasman las condiciones y características de esta.

Según este procedimiento, los padres o tutores que por circunstancias graves no puedan atender al cuidado del menor, podrán solicitar formalmente a la Generalitat que asuma la guarda durante el tiempo necesario¹³⁰.

Los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores, una vez tengan recabados los informes necesarios para tener el conocimiento absoluto de las circunstancias en las que se encuentra el menor y escuchados a los padres o tutores que tengan en ese momento la obligación de guarda, o al menor mismo en su caso, cuando sea mayor de 12 años, considerarán las posibilidades de atención por parte de la familia. La resolución se hará de forma motivada, fijando las formas del ejercicio de guarda y su duración o bien será esta cuando las razones expuestas por los padres o tutores no sean veraces o resulten insuficientes para adoptar la medida¹³¹.

Por último, cabe mencionar los casos de cese en la guarda, los cuales se acordarán mediante resolución administrativa por parte de la persona titular de los Servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat, a propuesta de la Comisión Técnica competente.

Este cese se realizará a petición de los padres o tutores que solicitaron la guarda, por cumplimiento del plazo establecido en la resolución estimatoria o cuando hubieran desaparecido las causas que la motivaron¹³².

c) Guarda por acuerdo judicial

Una vez los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores hayan declarado mediante acuerdo judicial la guarda de un menor, se procederá a ingresarlo en un centro de recepción, sin perjuicio de las acciones de estudio o incoación del procedimiento para la adopción de la medida de protección más idónea.

¹³⁰ Art. 106.1 de la Ley 12/2008.

¹³¹ Art. 106.2 de la Ley 12/2008.

¹³² Art. 106.3 de la Ley 12/2008.

En este caso, la persona titular de los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat responsable de la protección de menores, podrá delegar la firma de la resolución administrativa de asunción de la guarda judicial e ingreso en el centro¹³³.

d) Guarda por la Administración pública

El ejercicio de la guarda asumida por la Generalitat se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determinen los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores. Mientras que el acogimiento residencial se llevará a cabo por el director del centro donde vaya a ser acogido el menor en cuestión¹³⁴.

Ambas medidas las iremos desarrollando en los siguientes apartados.

7.3 Acogimiento residencial

Tal y como dice la Ley 12/2008 de protección integral de la infancia, la guarda asumida por la Generalitat será realizada mediante acogimiento familiar o residencial.

La primera de ellas será ejercida por las personas que los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat determinen, mientras que el segundo se realizará a través del director del centro donde vaya a ser acogido el menor¹³⁵.

El acogimiento residencial de menores es una medida de protección adoptada por las entidades públicas competentes como una forma de ejercicio de la guarda del menor.

Según BONELL y CASELLAS¹³⁶, el acogimiento residencial debe tener carácter excepcional, es decir, debe aplicarse exclusivamente como último recurso y durante el menor tiempo posible.

Esta modalidad de acogimiento supone ingresar al menor en un centro específico, donde recibirá los servicios necesarios como manutención, alojamiento, atención integral, social y psicológica, seguimiento escolar, actividades culturales y recreativas, apoyo educativo, ocio, etc.

¹³³ Art 107 de la Ley 12/2008.

¹³⁴ Art.108 de la Ley 12/2008.

¹³⁵ Art. 108 de la Ley 12/2008.

¹³⁶ BONELL, L. y CASELLAS, L. *Educación social en el acogimiento residencial de menores en la Comunidad de Madrid*. CSE, consultoría social y educativa, 2015, pág.1.

Dicho menor se puede encontrar en situación de tutela automática o en situación de guarda solicitada por los padres o tutores¹³⁷.

En definitiva, podemos decir que el acogimiento residencial es una medida de protección que consiste en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial¹³⁸.

El centro donde vaya a ser acogido el menor en cuestión, deberá ser adecuado a sus necesidades, como por ejemplo, el que esté más cercano a su entorno familiar o social para poder mantener la relación y el entorno donde se ha desarrollado el menor y sufrir el menor cambio posible, salvo que por el interés del niño se exija lo contrario.

En cualquier caso, la Administración Pública competente para ello deberá procurar que el menor permanezca el menor del tiempo posible en cualquier centro¹³⁹.

Dicha medida será acordada por los servicios territoriales del órgano competente de la Generalitat en la materia en cuestión, a propuesta de la Comisión Técnica competente, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño¹⁴⁰.

a) Contenido de la medida de acogimiento residencial

Hay que recordar que las medidas a adoptar son las desarrolladas por la Dirección Territorial de la Conselleria de Igualdad y Políticas inclusivas, correspondiente al lugar de residencia del menor y las que más se ajusten a su interés.

La Consellería de igualdad y políticas inclusivas dispone de atención residencial bajo su titularidad, así como centros concertados de titularidad privada sin ánimo de lucro¹⁴¹, como ONGs, asociaciones, fundaciones, etc.

¹³⁷ En este caso nos referimos a la guarda voluntaria explicada en los apartados anteriores.

¹³⁸ Art. 109.1 de la Ley 12/2008.

¹³⁹ Art. 109.3 de la Ley 12/2008.

3. El acogimiento residencial se mantendrá por el tiempo estrictamente necesario, y se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor, bajo la vigilancia directa de los Servicios Territoriales del órgano competente de La Generalitat en materia de protección de menores.

¹⁴⁰ Art. 109.2 de la Ley 12/2008.

¹⁴¹ Que se licitan públicamente conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

complementando así la red de residencias de menores en la Comunitat Valenciana¹⁴².

La finalidad de estas medidas es la de acoger temporalmente a un menor mientras se vayan adoptando las condiciones de idoneidad en su entorno o cuando se resuelva el caso permanentemente; por esa misma razón, las administraciones públicas encargadas de ello, deben procurar que el menor permanezca en este tipo de centros el menor tiempo posible.

Centrándonos en la Ley 12/2008, encontramos las medidas de acogimiento residencial en el artículo 110, en el cual nos dice:

- El acogimiento residencial ejercerá funciones inherentes a la guarda y deberá procurar que el menor sea acogido en el centro más adecuado a sus necesidades y que el menor sufra el menor número de alteraciones posibles, salvo que el interés del menor lo exija¹⁴³.
- Deberá facilitar el acceso a los sistemas ordinarios de carácter educativo, laboral, sanitario y a cualquier equipamiento o servicio público o privado de su entorno social, salvo en los casos de necesidades específicas de protección del menor¹⁴⁴.
- El centro deberá elaborar un programa de intervención individualizado en función de las características y circunstancias personales y socio-familiares, fijando objetivos a corto, medio y largo plazo¹⁴⁵.
- Se deberá contemplar el trabajo con la familia del menor para procurar su retorno de la forma más rápida posible¹⁴⁶.

Los documentos esenciales para establecer la planificación y el programa de intervención de los centros de menores, están descritos en la Orden de 17 de enero de 2008¹⁴⁷.

Todo centro deberá realizar un proyecto educativo global y de las normas de funcionamiento y de convivencia¹⁴⁸.

¹⁴² La Orden de 19 de junio de 2003, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se regula la tipología y condiciones materiales y de funcionamiento de los Centros de protección de Menores, de la Comunidad Valenciana (DOGV. núm. 4.532, de 27 de junio de 2003).

¹⁴³ Art. 110.1 de la Ley 12/2008.

¹⁴⁴ Art. 110.2 de la Ley 12/2008.

¹⁴⁵ Art. 110.3 de la Ley 12/2008.

¹⁴⁶ Art. 110.4 de la Ley 12/2008.

¹⁴⁷ Orden de 17 de enero de 2008, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se regula la organización y funcionamiento de los centros de protección y el acogimiento residencial y de estancia de día de menores en la Comunitat Valenciana.

¹⁴⁸ Art. 114.1 de la Ley 12/2008.

A largo plazo podemos encontrarnos con planes como proyectos globales a conseguir por el centro y a corto plazo, se consideran aquellos a realizar anualmente, como la programación anual de los centros, que debe recoger las actuaciones previstas para desarrollar en el curso presente y la memoria anual del centro.

Aparte de estos proyectos a largo y corto plazo, todo centro deberá disponer de un dossier de cada menor que tengan a su cargo, con sus respectivos planes de protección, diseñados por la dirección territorial del bienestar social. Al igual que también deben estar formulados los programas de intervención individual elaborados por el personal educador de los distintos centros, así como los objetivos a cumplir y las actividades que vayan a realizar anualmente en dichos centros donde estén acogidos los respectivos menores.

Según la Orden de 17 de enero del 2008, todos los centros tienen la finalidad de prestar atención y protección necesaria a todos los menores a fin de que se puedan desarrollar correctamente y obtener las formaciones necesarias para su crecimiento óptimo, superando así todas las dificultades y obstáculos que se antepongan, tanto personales, sociales o familiares.

b) Centros de acogida

Ante todo hay que mencionar que son las Entidades públicas y el Ministerio Fiscal los encargados y legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en dichos centros de acogida¹⁴⁹.

Dicha autorización será otorgada al finalizar la tramitación, la cual está regulada en el artículo 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Art. 26.3 de la Ley 1/96.

¹⁵⁰ Artículo 778 bis Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos:

1. La entidad pública, que ostente la tutela o guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta a los que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, debiendo acompañar a la solicitud la valoración psicosocial que lo justifique.

2. Serán competentes para autorizar el ingreso de un menor en dichos centros los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro.

3. La autorización judicial será obligatoria y deberá ser previa a dicho ingreso, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al Juzgado competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que llegue el ingreso a conocimiento del Juzgado, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado.

Todo ello, sin olvidar que todo menor será escuchado, tal y como prevé el artículo 9 de la Ley 1/96¹⁵¹.

En los supuestos previstos en este apartado, la competencia para la ratificación de la medida y para continuar conociendo del procedimiento será del Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro del ingreso.

4. El Juzgado, para conceder la autorización o ratificar el ingreso ya efectuado, deberá examinar y oír al menor, quien deberá ser informado sobre el ingreso en formatos accesibles y en términos que le sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias, a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela, y a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada, y se emitirá informe por el Ministerio Fiscal. El Juzgado recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere relevante para el caso o le sea instada. La autorización o ratificación del ingreso únicamente procederá cuando no resulte posible atender, de forma adecuada, al menor en unas condiciones menos restrictivas.

5. Frente a la resolución que el Juzgado adopte en relación con la autorización o ratificación del ingreso podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo.

6. En la misma resolución en que se acuerde el ingreso se expresará la obligación de la Entidad Pública y del Director del centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Juez pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada tres meses, a no ser que el Juez, atendida la naturaleza de la conducta que motivó el ingreso, señale un plazo inferior.

Transcurrido el plazo y recibidos los informes de la Entidad Pública y del Director del centro, el Juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, y oído el menor y el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

El control periódico de los ingresos corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro. En caso de que el menor fuera trasladado a otro centro de protección específico de menores con problemas de conducta, no será necesaria una nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro. La decisión de traslado será notificada a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal.

7. Los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas.

El cese será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo.

8. El menor será informado de las resoluciones que se adopten.

¹⁵¹ Artículo 9 Derecho a ser oído y escuchado:

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Los centros de acogida pueden consistir tanto en residencias, pisos, viviendas u hogares que hagan la función de amparar a los menores necesitados.

Todos los centros de acogida deben fomentar las relaciones entre la familia y el menor acogido, promoviendo la implicación de esta en el proceso de integración del menor en su nuevo ámbito, coordinándolo con los servicios sociales municipales.

Podemos distinguir distintos tipos de centros de acogida como:

1. Centros de acogida: establecimientos de atención integral y de carácter educativo tanto para niños como adolescentes en situaciones de guarda o tutela. Su periodo de estancia en dicho centro será establecido mediante resolución administrativa.
2. Centros de recepción: establecimientos de acogida para la atención inmediata y transitoria de los menores, mientras se realicen el estudio de su situación, tanto personal, familiar como social. Se elaborará una propuesta de medida de protección y se decidirá entre el recurso adecuado o la devolución a su entorno familiar correspondiente. A diferencia de los centros de acogida, estos no pueden superar su estancia, en los centros de recepción, en más de 45 días.
3. Hogares funcionales: para la convivencia de adolescentes y niños en situación de guarda o tutela que requiera la presencia de un responsable,

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

un cuidador que habite de forma permanente en dicho hogar, el cual contará con la ayuda de un personal educativo apropiado al número de menores acogidos y a sus edades.

4. Centros de emancipación: a diferencia de los anteriores, son establecimientos que ofrecen un servicio de carácter educativo y asistencial a menores cuyas edades estén en el rango de 16 y 17 años o de 18 a 23 años. Estos centros tienen un carácter y propósito de desinternamiento gradual con la finalidad de que vayan obteniendo cada vez más autonomía social, personal y laboral.

La ley 1/96 alude a centros específicos para menores con problemas de conducta por su parte.

Estos centros son dependientes de las entidades públicas o, en algunos casos, de las entidades privadas que colaboran con las primeras. Utilizan medidas de seguridad y restricción de libertades o derechos fundamentales, cuando así esté previsto.

Están sometidos a estándares internacionales y a controles de calidad. Su función es el acogimiento residencial de menores que se encuentren en situaciones de guarda o tutela por parte de las entidades públicas, calificados con problemas de conducta disruptivas o di-sociales, transgresoras de las normas sociales y de derechos a terceros. O cuando esté justificado por sus necesidades de protección¹⁵².

Para que se produzca la intervención en estos casos, es necesaria y fundamental que las intervenciones mediante otros métodos sean imposible de realizar. Tienen como finalidad proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, su reintegración familiar (si es posible), normalización de su conducta, que puedan desarrollarse libremente tanto en su ámbito educativo como en cuanto a su personalidad. Es importante decir que esta será la última opción a recurrir y siempre tendrá carácter educativo¹⁵³.

En caso de menores con discapacidad, continuarán con los mismos tratamientos que hayan estado recibiendo, o en su caso, se adoptarán otros más adecuados a su situación¹⁵⁴.

El ingreso de menores a centros específicos deberá estar justificado y fundamentado por informes médicos y psicosociales emitidos por centros especializados en materia de protección de menores¹⁵⁵.

¹⁵² Art. 25.1 de la Ley 1/96.

¹⁵³ Art. 25.2 de la Ley 1/96.

¹⁵⁴ Art. 25.5 de la Ley 1/96.

¹⁵⁵ Art. 26.1 de la Ley 1/96.

Sin embargo, no estará permitido el acceso a este tipo de centros a los menores que sufran algún tipo de enfermedad o trastorno mental, ya que requieren un cuidado especial de acuerdo a su situación, que esos centros en cuestión no pueden proporcionar. Por lo tanto, deben tener un cuidado especial de los servicios competentes en materia de salud¹⁵⁶.

Cada uno de los centros que acoja a menores estará obligado a transmitirles toda información en relación a sus derechos y deberes, las normas de funcionamiento, régimen disciplinario, cómo formular quejas y peticiones, etc.

El acogimiento nunca será más largo de lo necesario y el cese de la medida será concedido por el órgano judicial competente, tanto si el ingreso del menor fuera de oficio o a propuesta de una entidad pública o del Ministerio Fiscal¹⁵⁷. Tal como se dijo anteriormente, toda decisión tomada debe estar argumentada mediante un informe médico psicosocial.

En la Ley 12/2008 encontramos lo referente a este apartado en los artículos comprendidos desde el 111 al 114, incluyendo también a los mencionados ya anteriormente en las páginas de arriba.

En cuanto al procedimiento por el cual los centros deben seguir para el acogimiento de los menores, en su artículo 111 contempla que todo acogimiento deberá realizarse en aquellos centros colaboradores en la Comunitat Valenciana, en cuanto a la materia de protección de menores o aquellos que estén financiados por la Generalitat, ya sean público o privado.

En caso de necesitar servicios especiales (menores con discapacidades, trastornos mentales, toxicomanías, etc.) se podrán utilizar los recursos especializados de las redes públicas tanto de educación, integración social, drogodependencias o de sanidad¹⁵⁸. Sin embargo, se podrá trasladar al sujeto a otros centros de diferentes Comunidades Autónomas, cuando las características del menor lo exijan¹⁵⁹.

En cuanto a la tipología de los distintos centros existentes, la Ley 12/2008 distingue las siguientes¹⁶⁰:

1. Los centros que actúen dentro del marco de la Comunidad Valenciana, deberán estar autorizados conforme a la normativa reguladora de la materia en cuestión, sin perjuicio de la necesidad de otras licencias o autorizaciones según la actividad a realizar.

¹⁵⁶ Art. 26.2 de la Ley 1/96.

¹⁵⁷ Art. 26.5 de la Ley 1/96.

¹⁵⁸ Art. 111.2 de la Ley 12/2008.

¹⁵⁹ Art. 111.3 de la Ley 12/2008.

¹⁶⁰ Art. 112 de la Ley 12/2008.

2. Los centros con carácter residencial son centros abiertos de diversos tipos según las características de la población a la que atiendan y las funciones que vayan a cumplir.
3. Los centros pueden estar dotados de elementos constructivos de seguridad y contención, así como la incorporación de normas de funcionamiento interno o de convivencia, horarios de salida y entrada de los niños, etc. Pero siempre dentro de las medidas establecidas por las correspondientes leyes a las que están sometidos.

Tal y como hemos dicho en el segundo punto, estos centros son de carácter abierto, pero también son de atención inmediata y transitoria. En el caso de la atención inmediata, según el artículo 113 tiene que haber asistencia durante las 24 horas del día. Para conseguirlo, se dotarán de las medidas necesarias en materia de personal y de funcionamiento para conseguir dicho objetivo y que no haya demoras en ninguna situación de protección del menor¹⁶¹.

Por último, aunque no menos importante, procede aludir al funcionamiento¹⁶² de los centros de protección con carácter residencial.

La Generalitat se encarga de desarrollar los contenidos mínimos de la planificación de los centros y su estructura, de una manera regular y así tener un control de su funcionamiento.

Todos los centros deben tener un proyecto global en el que se recoja planes educativos, las normas de convivencia y las normas de funcionamiento.

Así como disponer de órganos internos para el gobierno y la participación, para que puedan asegurar las gestiones de todos los centros que constituyen la comunidad educativa.

7.4 Acogimiento familiar

El acogimiento familiar constituye una medida de protección adoptada por la entidad pública competente de la Generalitat, a través de la Consejería de igualdad y políticas inclusivas, a cargo de la materia de protección de menores.

Se considera como una práctica de guarda, ya sea aprobada por un juez o a instancia de los padres, por cual se otorga a una persona o a un núcleo

¹⁶¹ Art. 113 de la ley 12/2008:

1. Los centros de recepción de menores son establecimientos de carácter abierto y de atención inmediata y transitoria, de acogida a niños y adolescentes en el momento de producirse la necesidad por razones de desprotección.

2. Considerando el deber de atención inmediata que durante las veinticuatro horas del día deben prestar este tipo de centros, se adoptarán las medidas para facultar al personal del mismo para la adopción de las medidas de protección que no admitan demora.

¹⁶² Art. 114 de la ley 12/2008.

familiar, la obligación del cuidado de un menor, así como su alimentación, educación y desarrollo personal e integral.

Podemos decir que el acogimiento tiene por finalidad integrar al menor en la vida familiar de una determinada familia de acogida, tanto de manera temporal como definitiva.

Al acogimiento familiar se le considera como el método más idóneo para un menor desamparado o sujeto a tutela, pues se da preferencia a que sea acogido en un entorno familiar, en el cual se le pueda proporcionar una atención adecuada e individualizada, un entorno más normalizado, en vez de un centro residencial¹⁶³.

Aquí es interesante mencionar al artículo 21 de la Ley 1/96 el cual señala que con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años¹⁶⁴.

También declara que no se acordará el acogimiento residencial para menores de seis años, salvo en supuestos de imposibilidad o que sea a favor del interés superior del menor.

En caso contrario, se acordará que el acogimiento no supere el plazo de tres meses y que sea el más breve posible.

Por último, haremos mención a la Ley 12/2008, concretamente su artículo número 115, el cual define y concreta el contenido del acogimiento familiar.

El acogimiento familiar es una medida de protección por la que la guarda de un menor se ejerce por una persona o familia que asume las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral¹⁶⁵.

En cuanto a su adopción, será de aplicación preferente para los menores cuanto menor sea su edad, favoreciendo la permanencia en su propio ambiente y entorno familiar, salvo que no sea conveniente para su propio interés¹⁶⁶.

a) Constitución del acogimiento familiar

En cada Comunidad Autónoma, podemos encontrar diferentes formas para la constitución de un acogimiento familiar, con algunas variantes según la

¹⁶³ LLANSOLA, E. "Las fases de adaptación del menor en el acogimiento familiar", *Jornades de Foment de la Investigació de la Universitat Jaume I, Fòrum de recerca nº 13*, año 2007-2008.

¹⁶⁴ Art. 21.3 de la Ley 1/96.

¹⁶⁵ Art. 115.1 de la Ley 12/2008.

¹⁶⁶ Art. 115.2 de la Ley 12/2008.

zona en la que estemos, pero por lo general podemos decir que todas y cada una de ellas deberían contener las características que mencionaremos a continuación.

La acogida familiar se debe formalizar mediante escrito y con el consentimiento de:

1. La entidad pública competente a cargo del menor.
2. De la persona o familia que vayan a acoger al menor.
3. Del menor si tiene más de doce años.
4. Y de los padres del menor, siempre que no hayan sido privados de su patria potestad, o en su caso, del tutor.

El documento a formalizar debe contener las características siguientes:

1. Todos los consentimientos mencionados anteriormente.
2. La modalidad de acogimiento familiar.
3. Derechos y deberes de las partes intervinientes.
4. La atención sanitaria.
5. El régimen de visitas¹⁶⁷.
6. Firmar un compromiso de colaboración por parte de la familia biológica para la mejor integración de los menores.
7. El sistema de cobertura por parte de la entidad pública que intervenga.

El propio Código Civil también hace mención a dichas características en su artículo 173. Sin embargo, estas cuestiones están ahora plasmadas en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en el artículo 20 de la Ley 1/96, que destacaremos a continuación.

En la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, Ley 1/96, se concretan detalladamente las características de esta formalización¹⁶⁸:

El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento.

¹⁶⁷ El cual consta en el art. 21 bis de la LOPJM.

¹⁶⁸ Art. 20.2 de la Ley 1/96.

En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia.

El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora.

Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento.

A la resolución de formalización del acogimiento familiar a que se refiere el apartado anterior, acordada conforme a los términos previstos en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos¹⁶⁹:

- a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido.
- b) Los consentimientos y audiencias necesarias.
- c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora.
- d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 1. El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor.
 2. El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 3. La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria.
- e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora.

¹⁶⁹ Art. 20.3 de la Ley 1/96.

- f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa.
- g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.

La resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

Según el apartado número 3 de la exposición de motivos de la Ley 26/2015, el Ministerio Fiscal actúa como supervisor y vigilante superior de las actuaciones administrativas en materia de protección de menores.

Además, en su preámbulo aparecen tres principios que han de guiar las medidas de protección, siendo los rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. De esta forma, su artículo 1.7 es la reforma del artículo 12 de la Ley 1/1996 en el cual dice: En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas¹⁷⁰.

b) Modalidades de acogimiento familiar

Las distintas modalidades de acogimiento dependerán de las diferentes situaciones en las que se encuentre el menor y las situaciones de la familia de origen. Después del estudio de la situación se decidirá la mejor opción a adoptar por la Entidad pública competente, sin olvidarnos nunca que lo primero de todo es velar por el interés superior del niño.

A rasgos generales podemos clasificar las distintas modalidades según:

A. La vinculación con la familia acogedora¹⁷¹.

1. Acogimiento familiar en familia ajena: los sujetos que acogen al menor son personas desconocidas y externa a su entorno familiar. Este tipo de acogimiento no significa que el vínculo entre el menor y la familia vaya a desaparecer, ya que podrá mantener el contacto a través de las visitas programadas para que se mantengan los lazos entre padres e hijos. Es considerado como un método alternativo al acogimiento

¹⁷⁰ Art. 1.7 de la ley 26/2015.

¹⁷¹ BERROCAL LANZAROT, A.I. "Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 750, 2015, pág. 2240.

residencial, cuando la propia familia no puede o no es conveniente que se haga cargo del menor.

Este tipo de acogimiento viene a surgir cuando el menor acude a un hogar funcional que cumple la finalidad del acogimiento, donde una persona o personas ajenas a su familia de origen constituyen el acogimiento en sus propios hogares¹⁷².

2. Acogimiento familiar en familia extensa: a diferencia con el anterior, el acogimiento se produce en el mismo núcleo familiar del menor. Se mantiene al menor en su entorno familiar con la finalidad de evitar la desvinculación. Es la forma de acogimiento de elección prioritaria para la Administración.

Estos dos tipos de acogimiento los encontramos definidos tanto en la Ley 1/96 como en la Ley 12/2008.

En orden cronológico, mencionaremos primero a la LOPJM de 1996, concretamente el artículo 20:

- En su apartado uno dispone que, según la finalidad, independientemente del procedimiento con el que se acuerde, y en relación de la vinculación del menor con la familia acogedora se pueden distinguir el acogimiento en familia ajena o extensa de la propia familia de procedencia del menor.
- A su vez diferencia que, en el caso de acogimiento ajeno, podrá tener la categoría de especializado. Es aquel que se desarrolla en una familia en el cual miembros de su núcleo familiar disponen de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral¹⁷³. Es decir, este tipo de acogimiento está dirigido a aquellos menores con necesidades y atenciones especializadas para tener un correcto crecimiento.
- Pero sí existe un caso en el que el acogimiento especializado tenga carácter profesional: ocurre cuando habiendo reunido todas las características anteriormente mencionadas, exista una relación laboral entre la Entidad Pública y el acogedor o acogedores¹⁷⁴.

En cuanto a la ley 12/2008, encontramos la referencia en su artículo 116, en el cual, tras hacer mención a las modalidades simple y permanente, los asocia según su vinculación con la familia o personas acogedoras, citando así el

¹⁷² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia* coordinado por MARTINEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y PEREZ ALVAREZ, MA., Colex, Madrid, 2011, págs. 395 y ss.

¹⁷³ Art. 20.1 de la Ley 1/96.

¹⁷⁴ Aparte del artículo 20.1 también está presente en el artículo 173 bis.1 del CC.

acogimiento en familia extensa o ajena, diferenciando aquellos que tienen vinculación con aquellos que no en relación al menor.

B. En relación a su finalidad y duración:

Diferenciamos entre acogimiento simple y permanente: ambos se resolverán mediante una resolución administrativa a propuesta de la comisión técnica competente¹⁷⁵.

1. En el acogimiento simple, el menor permanecerá acogido en una familia hasta que la situación de su familia biológica se resuelva y pueda volver a hacerse cargo de nuevo del menor.

Los padres son los que dan el consentimiento y autorizan el acogimiento; el tiempo de acogida no suele durar más de dos años. Dentro del acogimiento simple podemos distinguir unos subtipos como el acogimiento de urgencia, temporales o especiales.

1.1 Acogimiento familiar simple de urgencia: es adecuado para niños no superiores a seis años, para un periodo máximo de seis meses¹⁷⁶. Proporcionan una atención inmediata y la adecuada adopción de medidas de protección a los menores¹⁷⁷. Prevalecerá esta decisión hasta que se determine qué hacer con el menor, evitando así su ingreso en un centro residencial.

1.2 Acogimiento familiar simple temporal: suelen ser para un periodo corto de tiempo, como fines de semana o vacaciones, es decir, de manera provisional, es decir, de forma transitoria. Este tipo de acogimiento se produce cuando se prevé una reinserción del menor en su familia de procedencia o para el tiempo que vaya a durar la resolución administrativa de la entidad pública competente. Tal y como dice DÍEZ GARCÍA, hasta el momento en que recaiga la obligada resolución judicial o en que aquellas se formalicen de forma más definitiva¹⁷⁸.

1.3 Acogimiento familiar simple especial: enfocado a niños que necesiten un cuidado y atención especial, mayores de ocho años, que tengan alguna enfermedad o discapacidad o incluso provengan de una cultura minoritaria.

2. Acogimiento familiar permanente.

¹⁷⁵ Art. 117.1 de la Ley 12/2008.

¹⁷⁶ Art. 173 bis 2 del CC.

¹⁷⁷ Exposición de motivos de la Ley 26/2015.

¹⁷⁸ DÍEZ GARCÍA, H. "Comentario al art. 173 bis del CC", en *Comentarios al Código Civil* dirigido por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1874.

Este tipo de acogimiento se pone en marcha una vez haya finalizado el plazo máximo de acogimiento familiar temporal.

Tiene una duración mayor que la simple, ya que en estos casos no se prevé el retorno del menor con su familia biológica, bien porque no sea posible o bien porque no es la decisión más adecuada a la situación del menor.

Será aplicable cuando la edad del menor y las circunstancias de su entorno familiar así lo aconsejen en orden al interés superior del niño.

Desde el inicio hasta el fin de este acogimiento pueden pasar diversos años, incluso desde el entonces menor de edad, hasta llegar a su etapa adulta (18 años) mientras ha estado conviviendo con la familia de acogida.

En estos supuestos, las familias acogedoras tienen mayor autonomía en el cuidado de los menores en cuestión; son la figura más parecida a los padres o tutores para ellos.

Sin embargo, a esta categoría no se le puede considerar adopción. Durante este periodo el menor puede seguir manteniendo contacto con sus padres biológicos, siempre y cuando, al igual que lo mencionado en el apartado anterior, estos sigan teniendo la patria potestad y con arreglo al régimen de visitas que establezca la entidad pública a cargo.

c) Acogimiento preadoptivo

Tal y como indica su propio nombre, tiene como finalidad la adopción final del menor.

El acogimiento preadoptivo se compone del periodo de convivencia del menor y la futura familia antes de la resolución final del juez, es decir, la sentencia judicial que ratifique la adopción o su denegación.

Es necesario que la familia cumpla los requisitos para poder adoptar¹⁷⁹ y que el menor se encuentre en una posición jurídica adecuada para su adopción.

Esta medida se realiza con el objetivo de facilitar la adaptación de la familia con el menor a la nueva vida y poder probar si hay buena convivencia o no entre ellos mientras se lleva a cabo la tramitación judicial.

La duración de este tipo de acogimiento no suele superar el año.

¹⁷⁹ El art. 20 de la LOPJM dispone que deberá tenerse en cuenta la situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia.

Corresponde al Consejo de adopción de menores de la Generalitat, en el ejercicio de sus funciones que tiene atribuidas por la legislación específica, decidir y acordar los acogimientos preadoptivos de los menores, entre los solicitantes de adopción nacional declarados idóneos y en función del interés superior del menor¹⁸⁰.

Aquí es interesante mencionar las diferencias existentes entre acogimiento, preadopción y adopción.

Como hemos visto anteriormente, en el caso de acogimiento distinguimos entre el residencial y el familiar. En el primer modelo, el menor está en una institución cuya tutela corresponde a la administración, mientras que en el segundo caso, la custodia es de la familia, pero sin embargo, la tutela, al igual que en el primer modelo, es de la administración.

En los supuestos de adopción son los padres los que ostentan tanto la tutela, como la guarda y custodia del menor. Es el mismo caso como si fuera su hijo biológico, las mismas obligaciones, sin ninguna diferencia.

Sin embargo, en el caso de preadopción no existe la figura legal como tal, sino el acogimiento preadoptivo. Esta se encuentra plasmada en la Ley 26/2015 como “guarda con finalidad de adopción” para poder evitar cualquier situación de conflicto.

Tanto la guarda como la tutela dependen de la administración, o en el caso de la guarda también de la familia. En ambos casos tienen como finalidad la adopción; sin embargo, en el acogimiento no siempre se realiza con ese fin, sino con objetivos, a veces, solo temporales.

d) Otras modalidades de acogimiento

3. Según la forma de constitución del acogimiento:

- Acogimiento administrativo: llamado así debido a que se formaliza mediante una resolución por parte de la Entidad Pública competente, en la cual se deberá especificar tanto la duración como los derechos y deberes de todas las partes implicadas.
- Acogimiento judicial: a diferencia de la primera, esta se constituye a partir de una resolución dictaminada por un juez a propuesta de la Comisión de tutela. Este tipo de acogimiento se produce cuando el menor se encuentra en una situación de riesgo o cuando los padres o tutores no consienten el acogimiento de manera voluntaria o se encuentren en paradero desconocido.

4. Otras modalidades:

¹⁸⁰ Art. 118 de la Ley 12/2008.

-
- Acogimiento especializado: se produce cuando algún miembro de la familia acogedora tiene una experiencia, calificación o formación específica útil para el cuidado de menores con discapacidad o con necesidades especiales recibiendo por ello una compensación económica, aunque en ningún caso debe suponer una relación laboral.
 - Acogimiento abierto: no se le considera estrictamente como una medida de acogimiento, sino que se tiene el cuidado del menor en periodos de tiempos determinados, así como vacaciones o algún fin de semana; mientras que el acogimiento supone una plena participación del menor en la nueva familia. Es una forma de colaboración ciudadana y la administración.



8. CONCLUSIONES

Llegados a este punto final del trabajo, las principales conclusiones a que se ha llegado con la investigación son las siguientes:

1. Se aprecia con claridad la gran influencia de la normativa internacional y comunitaria en el régimen jurídico español sobre materias como los derechos humanos, el reconocimiento de derechos específicos de los niños, así como las distintas responsabilidades de los adultos, etc., gracias a tratados como la Declaración Universal de los Derechos de los niños (1959) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), entre otros.

Sin ir más lejos, el propio artículo 10.2 de la Constitución dice así: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Por otro lado, cabe decir que, el criterio de “interpretación conforme a”, también es muy cuestionable y abierto a debate, ya que presenta un margen de imprecisión que deberá ser interpretado según la influencia de los derechos internacionales o de nuestro derecho interno.

En definitiva, observamos una influencia generalizada por los diferentes tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, se percibe que la normativa estatal adolece de un excesivo generalismo, que sin embargo en la legislación de la Comunidad Valenciana se ve paliado.

Por ejemplo, se sabe que las meras referencias a la patria potestad o a la tutela ordinaria, resultan insuficientes para alcanzar la adecuada protección de menores en el ordenamiento jurídico español. Además, en el artículo 39¹⁸¹ CE, se asigna a los *poderes públicos* el deber de aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia y sobre todo a los menores de edad. Es decir, para poder ejercer dicha protección, puede ser insuficiente la aplicación de la Constitución o del Código Civil, a la vista de la normativa propia en la materia dictada dentro de los ordenamientos jurídicos de cada Comunidad Autónoma, en

¹⁸¹ Art.39 de la CE. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, 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. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. 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.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

el caso valenciano la Ley 12/2008 y la Ley 26/2015 que modifica ciertos puntos de la ley anterior.

2. El estudio del marco conceptual ha permitido un mayor conocimiento de los sujetos implicados, la capacidad que ostentan, así como sus derechos y deberes.

La base de toda la aplicación normativa se fundamenta en el interés superior del menor, tanto como principio de interpretación, como derecho fundamental o como una guía para las reglas de procedimiento.

Lo mismo podemos decir del artículo 39 CE en el ámbito estatal, el cual otorga la responsabilidad de la protección y sistema de menores a las Entidades Públicas. Aunque también es importante mencionar que simplemente con las definiciones y contenido de la patria potestad o la tutela, resulta insuficiente para la regulación actual del acogimiento de menores.

Los derechos que ostentamos desde el momento de nuestro nacimiento y que son imposibles de arrebatar, configuran la capacidad jurídica de la persona física. Hay que diferenciarla de la capacidad de obrar, que no se adquiere con el nacimiento, sino que va aumentando a medida que el individuo crece, suma años de edad y se desarrolla.

Por ello es interesante mencionar la importancia de la realización de audiencias al menor y tomar en consideración su opinión, en los casos que legalmente proceda. Sin embargo, no siempre se puede tener en cuenta todo lo dicho por el menor, ya que muchas veces o no tiene juicio bastante o es vulnerable a su entorno e influenciado por este.

A nuestro parecer, la audiencia del menor es un aspecto muy importante y que siempre debería estar presente en cualquier procedimiento que afecte a sus intereses, antes de cualquier toma de decisión respecto al niño. Sin embargo, la procedencia de la audiencia debería estar respaldada o bien por la edad mínima del menor o por un informe psicológico del mismo, a fin de que se haga un estudio de su situación y que no se aprecien influencias indeseables por los padres, sino que resplandezca su verdadera opinión, dejándole cierta libertad de acción y decisión.

3. A pesar de la consagración en la Ley de los principios generales, se aprecia una gran dosis de indefinición de los mismos que sería deseable concretar. Dichos principios se manifiestan, tal y como se aprecia a lo largo del trabajo, en varios tratados, normas, decretos y diferentes ordenamientos jurídicos. Pero en todas dichas regulaciones se plasman un conjunto de principios sin especificar su alcance o contenido práctico.

En este ámbito, la jurisprudencia de los tribunales nacionales, sobre todo del TC y del TS, y tras la aprobación de las Ley 12/2008, de protección integral de la infancia y adolescencia y las Leyes 87/2015 y 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, debería proporcionar una

mayor información y detalle sobre las medidas a adoptar en los casos de desprotección y ayuda a la infancia y a la adolescencia, a la hora de aplicar e interpretar tales principios jurídicos esenciales.

Dichas leyes han supuesto un gran avance en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Valenciana, al modificar los sistemas de protección llevándolos a una mejoría respecto de las versiones anteriores.

Sin embargo, si lo deseable sería la existencia de un marco legal unitario el cual englobe a todo el territorio español, no obstante, ello sigue siendo una realidad ciertamente inviable, ya que hay una gran diversidad de normativa territorial y regional, con criterios y valoraciones dispares dependiendo de cada territorio autonómico.

4. Tanto la evaluación de las situaciones de riesgo como las declaraciones de desamparo tienen una gran relevancia para la protección del menor, ya que, si no se procede a confirmar la primera, no cabría iniciar el procedimiento de la segunda.

La evaluación de tales situaciones es tan compleja, que la resolución final dependerá de cada caso individual y la valoración que realice la entidad pública competente.

Para que la Administración pueda adoptar la decisión más adecuada al interés del menor, debería tener disponibles evaluaciones e informes técnicos en todo procedimiento, como los obtenidos a través de psicólogos, agentes sociales, educadores, etc., es decir, informes de expertos los cuales puedan ayudar al mejor entendimiento de la situación y una mejor resolución de los casos.

Como sabemos se llevará a cabo la audiencia al menor declarado en situación de desamparo, siempre y cuando tenga suficiente madurez o sea mayor de 12 años. El concepto indeterminado “cuando tenga suficiente madurez”¹⁸², puede plantear problemas interpretativos. Dicha madurez debería acreditarse mediante informes especializados para averiguar si está en posición o no de intervenir en el procedimiento (audiencia). Por otro lado, aun habiendo cumplido los 12 años, no por ello significa que ya haya alcanzado la madurez suficiente, lo cual nos lleva a la conclusión que tanto un caso como en el otro debería estar presente la ayuda expertos para llevar a cabo dichos procedimientos.

Otro de los defectos detectados afecta a la lentitud en la tramitación de procedimientos para atender los diferentes casos, sobre todo a la hora de adoptar medidas urgentes.

En cuanto a la intervención de la Administración, con las últimas leyes aprobadas, como la ley 26/2015, se pretende que haya una mayor rapidez y agilidad en los procedimientos de acogimiento. Pero en la vida real, la gestión de expedientes sigue siendo un trámite muy lento y difícil de avanzar.

¹⁸² Anteriormente se hacía mención a la referencia de “suficiente juicio”.

Una posible solución podría ser fomentar la participación y/o colaboración con entes privados que ayuden en dichos procesos, a fin de que se puedan llevar los casos de una manera más dinámica y que el menor encuentre cuanto antes un acogimiento adecuado a su situación.

5. En cuanto a las instituciones jurídicas intervinientes, se puede apreciar una mejoría en cuanto a su coordinación en los últimos años, sobre todo en materia de intervención, de los procedimientos a seguir, de gestión y de control por parte de las entidades públicas. A pesar de ello, cabe decir que no es suficiente, y debería existir un mayor flujo de datos y de recogida de información, para que los procedimientos tengan mayor fiabilidad y transparencia.

En otro orden de cosas, pensamos que las regulaciones autonómicas reflejan de una manera muy amplia y muy genérica los conceptos e instituciones jurídicas que pretende aplicar. Un ejemplo de ello sería el de la «familia acogedora»: así, no se regula el número de miembros que puedan constituir una familia acogedora, el perfil que deban tener, etc.

Otro ejemplo sería la compensación económica a percibir por la familia acogedora y en los casos en los que se haya especializado, donde reciben una compensación económica por su labor. Se debería concretar y especificar mejor estas circunstancias, al igual que regular las compatibilidades con la familia acogedora donde el menor vaya a residir.

Entre todos los procedimientos de acogimiento se da preferencia al acogimiento familiar frente a las demás modalidades, situación que en la gran mayoría de casos es más favorable. Sin embargo, hay pocas familias que sean idóneas para atender a los menores. Y aun así, nunca se puede saber con certeza que en dicha familia el menor vaya a convivir en un ambiente adecuado o que se vaya a actuar siempre por su interés, y no por la obtención de una compensación económica.

Para paliar dichas inconsistencias del sistema, se deberían articular más mecanismos de control y seguimiento, no sólo de las familias de acogida, sino también de los centros de internamiento, de las instituciones de guarda y tutela, etc.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E. "El acogimiento familiar. Notas sobre el artículo 173 bis del Código Civil", *Revista del Instituto de Estudios Superiores de la Familia*, 2017, págs. 1-8.

ALEGRE, S., HERNÁNDEZ, X. y ROGER, C. "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas", *Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina*, nº. 5, 2014, págs. 1-30.

ALEMÁN BRACHO, C. *Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España*, *Revista de derecho político*, 2014, págs. 1- 38.

AMAT LLOMBART, P. "Régimen jurídico de la protección de la infancia y del menor en la Comunidad Autónoma Valenciana", en *Derecho y familia en el siglo XXI*, Vol. II, Universidad de Almería, 2011, págs. 863-884.

AYUNTAMIENTO DE VALENCIA. *Plan de servicios sociales para la inclusión social 2006-2010*, 2006.

BONELL, L. y CASELLAS, L. *Educación social en el acogimiento residencial de menores en la Comunidad de Madrid*, Consultoría social y educativa, 2015, págs. 1-40.

BRAVO, A. y DEL VALLE, J.F. "Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil", *Papeles del psicólogo*, nº. 30, 2009, págs. 42-52.

BRAVO, A. y DEL VALLE, J.F. *Intervención socioeducativa en acogimiento residencial*, Consejería de empleo y bienestar social. Colección documentos técnicos, nº. 2, 2009, págs. 53-130.

CILLERO BRUÑOL, M. "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño", www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf, 1999, págs.1-16.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº. 3, 2012, págs. 46 y ss.

DEL VALLE, J.F., BRAVO ORTEGA, A., MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M. y SANTOS GONZÁLEZ, I. *Estándares de calidad en acogimiento residencial especializado*, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, 2012, págs. 33-70.

GENERALITAT VALENCIANA. *Plan de prevención de la Generalitat*, 2016.

GOMEZ HIDALGO, J.I. *Estudio de las medidas establecidas en la ley reguladora de responsabilidad penal de menores*, Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta, 2005.

JUNTA DE ANDALUCÍA. CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL. *Centros de protección de menores en situación de desamparo que presentan trastornos de conducta en Andalucía*, 2012, págs. 10-99.

LÁZARO, C.M. "Convención de los derechos del niño", *Revista del instituto de estudios superiores de la familia*, 2017, págs. 1-7.

MALDONADO FERNÁNDEZ, R. y SOTO GARCÍA, M.M. *Igualdad y género en la Constitución española de 1978*, Universidad de Cádiz, 2016.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. “Protección social y jurídica del menor en situación de riesgo o desamparo en la Comunidad Autónoma Valenciana: ley 12/2008, de 3 de julio”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2008, págs.1-19

MARTÍNEZ AGUT, M.P. “Medidas de protección jurídica del menor en la Comunidad Valenciana”, *Quadernanimacio.net*, nº. 11, 2010, págs.1-15.

MARTÍNEZ AGUT, M.P. “El niño y el adolescente en la Comunidad Valenciana: Ley de Protección integral y Ley de Derechos de Salud”, *Quadernanimacio.net*, nº. 8, 2008, págs. 1-12.

MARTÍNEZ AGUT, M.P. “Ley 4/2012 de 15 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana”, *Quadernanimacio.net*, nº. 18, 2013, págs.1-13.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “El acogimiento en el marco del sistema legal de protección de menores”, *Revista del instituto de estudios superiores de la familia*, 2016, págs. 1-8.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, G. “Regulaciones del trabajo infantil”, *Inventio. La génesis de la cultura universitaria en Morelos*, nº.13, 2011.

OCÓN DOMINGO, J. “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, nº.45, 2001, págs. 1-27.

PINAZO HERNANDIS, J. “Las políticas de protección de menores en la Comunidad Valenciana y su organización administrativa.”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº. 1, 2011, pág .86 y ss.

PLAZA PENADÉS, J. “La adopción en la Comunidad Valenciana”, *Revista de derecho civil valenciano*, nº. 11, 2012, págs. 1-20.

RUÉ PÉREZ, M.T. “Acogimiento residencial de menores. Revisión de la legislación autonómica valenciana”, *Revista de educación social*, nº. 21, 2015, págs. 276-292.

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. *La atención de menores de 0-6 años desde el sistema de protección a la infancia en la Comunitat Valenciana*, Psylicom Distribuciones Editoriales, Valencia, 2012.