

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO (Listing causes of risk of vulnerability and abandonment)

María Luisa Santamaría Pérez
Estudiante de doctorado
Universitat Internacional de Catalunya

Resumen

En un estado de derecho, todo ciudadano debe vivir bajo la salvaguarda de sus derechos fundamentales. Por ello, cuando las autoridades intervienen en un núcleo familiar y separa a los niños de la familia de sus padres, por supuestos motivos de protección, cabe tener en cuenta que si la decisión de separación es desacertada, mientras ésta se mantiene se infringen derechos fundamentales de toda la familia, especialmente de los niños, tal como se desprende del artículo 9 de la CDN. Con estas premisas, el presente artículo pone de manifiesto que los motivos de riesgo y desamparo de un niño deberían estar tipificados con el fin de garantizar al máximo el acierto de las decisiones de separación familiar. Además, tras una declaración de desamparo de un niño, debería suscitarse un proceso judicial, cuyos aspectos procesales garantizaran totalmente la debida protección de los derechos fundamentales del niño en cuestión, con independencia de la capacidad litigante de sus padres.

Palabras clave: protección de la infancia, intervención administrativa, riesgo de desprotección, desamparo, guarda voluntaria, CDN.

Abstract

In a state of law, a citizen must live under the protection of their fundamental rights. Therefore, when authorities makes an intervention in a family nucleus and separates children from their parents for alleged protection purposes, it should be noted that if the decision was misguided, during the time that the separation remains, fundamental rights of the whole family are being infringed, especially for children, as stated in Article 9 of the CRC. With these premises, this article reveals that the reasons of risk and abandonment of a child should be typified in order to ensure the full success of the decisions of family separation. In addition, following a declaration of abandonment of a child, a lawsuit should be arise, whose procedural aspects would ensure fully adequate protection of the fundamental rights of the child in question, regardless of their parents' litigator ability.

Keywords: children's protection, administrative intervention, risk of vulnerability, abandonment, voluntary guard, CRC

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas de protección actualmente consideradas por el sistema de protección de la infancia (SPI en adelante) se activan tras la detección de situaciones de riesgo y desamparo.

La declaración de una situación de riesgo se solventa desde dentro del ámbito familiar sin la separación del niño de su familia, aunque si la situación empeora se puede llegar a una declaración de desamparo. Sin embargo, el objetivo de la intervención administrativa en situaciones de riesgo debe evitar alcanzar el desamparo, en cuyo caso se considerará una intervención exitosa.

La inmediata consecuencia de una declaración administrativa de desamparo de un niño es que éste es separado de su familia y colocado en una institución o en una familia de acogida a la que no conoce. Cuando esto ocurre, la percepción del niño es similar a la que pueda tener un adulto que ingresa en prisión, cuyo proceso se sustancia ante la jurisdicción penal, previo paso por el juzgado de instrucción. En el caso del adulto, a éste se le separa de todo su mundo conocido por motivos de interés general y por el posible perjuicio que dicho adulto pueda provocar a otras personas o a la sociedad en su totalidad. En el caso del niño, a éste se le separa de su entorno familiar por motivos de su propia protección e interés. En ambos casos, si la decisión no es acertada, el daño que se produce al individuo afecta a sus derechos fundamentales, siendo que, en el caso del niño, afecta, en función de su edad, al desarrollo de su personalidad y la formación de su carácter y adaptación al entorno (Ainsworth, 1963) (Bowlby, 1982) (Mahler, 1979).

Por todo ello, las consecuencias de una separación familiar para un niño son mucho más graves que la privación de libertad de un adulto, a pesar de la poca importancia que se le otorga, además de afectar a los cimientos de la sociedad, fuertemente fundamentada en la absoluta convicción de que el mejor medio de desarrollo de un niño es su propia familia, en la que se le ama por ser quien es y no por ser como es. En este sentido, el artículo 9 de la CDN configura el derecho del niño a crecer en su propia familia como fundamental, por lo que impedirlo, sin una probada causa de desprotección imputable a sus padres o cuidadores, afecta a la dignidad del niño, altera el orden social y daña de muerte al estado de derecho. Separar a un niño de su familia sin motivo, es tan agresivo como obligar a una persona a permanecer encarcelada, alejada de su entorno social y privada de la libertad para estar con los suyos cómo y cuando desee.

En el ámbito penal no se tiene duda de que privar a un adulto de libertad sin una prueba de cargo concluyente es totalmente ajeno al estado de derecho. De ahí que el proceso penal se haya desarrollado para ofrecer plenas garantías a los presuntos delincuentes. No ocurre lo mismo en el ámbito de la protección de la infancia en que el proceso no garantiza la seguridad jurídica del niño afectado por una medida de separación ni la de sus padres u otros familiares. En (Allueva, 2011) se pone de manifiesto esta problemática.

Así, destaca la sentencia TC 41/1998 de 24 de febrero que *“la opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal [los existentes o los que puedan crearse en el futuro] corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas”,* añadiendo que *“desde la perspectiva constitucional, el denominado “garantismo”, o doctrina favorable a anteponer las garantías de derechos y libertades, ha de tener plena observancia en el ámbito jurídico-penal”.*

Una de las formas utilizadas para mantener “garantismo” en el ámbito penal es la pormenorizada tipificación de los delitos, que impone la obligación de que la conducta del presunto delincuente sea acorde con alguna de las tipificadas en el Código Penal. En contrapartida, en el ámbito de la protección de la infancia los motivos de desamparo de un niño pueden ser cualesquiera de los que le parezca a un técnico desde su punto de vista más subjetivo.

Si bien Allueva afirma que *“de hecho, ya en el preámbulo [de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y Oportunidades de la Infancia y la Adolescencia de Cataluña (LDOIA en adelante)], se remarca que la definición de desamparo se lleva a cabo con criterios objetivos, considerándola una situación de hecho, en que faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor”* (Allueva, 2011: 12), con posterioridad la propia autora reconoce que la LDOIA *“ejemplifica mediante una lista abierta las situaciones que se consideran constitutivas de desamparo”* (Allueva, 2011: 13). Precisamente, la “lista abierta” deja espacio a decisiones de desamparo subjetivas consideradas por un determinado técnico o grupo de técnicos. Algo similar ocurre en la recientemente aprobada “Ley Ordinaria de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia” (LOMSPIA en adelante) cuya Ley Orgánica homónima ha salido publicada en el BOE bajo la rúbrica de “Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”. La LOMSPIA realiza un notable esfuerzo por definir aquellas situaciones que considera de desamparo para un niño con la reforma del artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM en adelante) pero dejando abierta la posibilidad de ampliar las situaciones definidas como desamparo. Ello supone una merma importante de garantías jurídicas que, manteniendo una lista cerrada de causas de desamparo, podría evitarse.

En cuanto al procedimiento judicial, el específico de oposición a resolución administrativa en cuestiones de protección a la infancia se encuentra a caballo entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, aunque la legislación se decantó por establecer la competencia para tratar este tipo de casos en los juzgados de familia, con algunas características, desde el punto de vista procesal, de los procesos contencioso-administrativos, dotando al proceso de ciertas características de agilidad para que los retrasos judiciales no perjudicasen al niño (González, 2008).

Una peculiaridad de un proceso de protección de la infancia radica en que tiene un efecto extra-familiar, es decir, afecta a relaciones con personas y entidades ajenas a la familia implicada en el procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otro proceso sustanciado ante un juzgado de familia en que la afectación no trasciende el

ámbito familiar en que se desarrolla el conflicto. Este es uno de los motivos por el cual ambos tipos de procedimiento son totalmente distintos desde el punto de vista procesal (por un lado, separaciones, divorcios, etc. y por otro, asuntos de protección). Fuera de ello, en situaciones de conflicto intra-familiar y por norma general, mientras el niño permanezca bajo el manto de su familia en condiciones mínimamente adecuadas, incluso aunque éstas sean mejorables, el orden social y constitucional se mantiene. Al contrario, cuando se sustancia un proceso de protección de la infancia ocurre, por norma general, que un niño ha sido separado de su familia, por lo que se puede estar alterando el orden social y constitucional. Por ello, la decisión de separación debería, por un lado, ser tomada por razones plenamente objetivas, precisas, demostradas y ponderadas y, por otro lado, debería ser objeto de un proceso efectivo y ágil, a la vez que estar dotado de una minuciosa investigación y esclarecimiento de los hechos que provocaron la separación. Sin embargo, en la actualidad, el desamparo de un niño puede quedar sin revisión judicial si los padres o guardadores no tienen la suficiente capacidad litigante o el suficiente interés para ello. Esto supone una anomalía que debería solventarse.

Otro aspecto que ofrece similitud entre el ámbito penal y el de la protección de la infancia es la obligada presencia del Fiscal. En el primer caso, el Fiscal tiene potestad para dirigir la investigación de la policía y entregar los resultados al juez instructor. En el ámbito de la protección de la infancia, el Fiscal tiene también potestad para adquirir un papel activo, pero lo cierto es que su rol es meramente receptor de las decisiones administrativas (como mucho se puede decir que supervisor), adquiriendo, en la mayoría de casos, una postura pasiva. Por ello, se debería fomentar desde la letra de la ley una mayor actividad de la fiscalía.

Dicho lo anterior, el presente artículo pone de manifiesto los motivos de la intervención administrativa para la protección de la infancia, destacando la posibilidad de arbitrariedad que, desde la propia ley, se permite y consiente. La contribución de este trabajo es la de ofrecer una solución para evitar los citados problemas. Por otro lado, se subrayan las deficiencias procesales de los procedimientos de protección de la infancia en que los derechos e intereses de los niños privados de su familia pueden quedar, en muchos casos, exentos de tutela judicial al no estar prevista de forma automática por la ley procesal y no poderla accionar los propios afectados por su condición de niños. A ello se añade la pasividad de la fiscalía y el desinterés de las instancias judiciales que no se implican en una investigación rigurosa y exhaustiva sobre las causas que motivaron el desamparo.

El resto del artículo se organiza de la siguiente manera. En el apartado segundo se detallan los motivos de la intervención protectora, en el tercero se analizan las insuficiencias del proceso desencadenado tras una declaración de desamparo para la defensa de los intereses en juego y el cuarto apartado analiza la investigación realizada sobre los hechos conducentes al desamparo, tanto desde la fiscalía como desde las propias instancias judiciales. Finaliza el trabajo con las conclusiones, la bibliografía y la jurisprudencia utilizadas.

2. LOS MOTIVOS DE LA INTERVENCIÓN PROTECTORA

Cuando la entidad pública responsable de la protección de la infancia en un determinado territorio detecta una situación de desprotección de un niño, pone en marcha un protocolo de protección por el cual, en virtud del artículo 17 de la LOPJM según redacción de la nueva LOMSPIA, puede declarar la situación de riesgo del niño. Si la situación de desprotección es más grave procede aplicar el artículo 172 del Código Civil para declarar que el niño se encuentra en situación de desamparo. En dicho precepto legal queda patente, por un lado, la situación por la cual se considera que un niño está desamparado y, por otro lado, las consecuencias que se derivan de dicha situación. A continuación analizo todas estas cuestiones.

2.1. Consecuencias de un desamparo

Las consecuencias de una situación de desamparo se describen en el artículo 172 ter CC según redacción de la LOMSPIA:

La guarda [del niño desamparado] se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.

El acogimiento, sea residencial o familiar, supone la separación del niño de su entorno socio-familiar conocido, de sus relaciones escolares y sociales, de sus hábitos y costumbres y de sus objetos y lugares habituales. Supone una pérdida a nivel material de dimensiones importantes, pero, sobretodo, supone una pérdida a nivel afectivo con repercusiones en la edad adulta de mayor o menor consideración (Barudy, 2007).

Si el acogimiento es residencial, además, el niño no encuentra la compensación afectiva que puede hallar en el acogimiento familiar. Se observa que, en una ley recientemente estrenada, el legislador introduce el error de considerar que el acogimiento familiar pueda ser más inconveniente para un niño que el acogimiento residencial. Sin embargo, existen suficientes y probadas evidencias científicas que permiten asegurar la falsedad de dicha consideración (Santamaría, 2014a), por lo que ésta debería quedar excluida de la ley, debiendo decir el citado precepto legal que:

La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible, mediante el acogimiento residencial.

Esta pequeña reforma de la nueva ley permitiría que quedase patente el motivo por el cual un niño debe ingresar en un centro residencial. Por ello, ofrecería una evaluación del desarrollo de las medidas de acogimiento familiar realizado por cada Comunidad Autónoma, a la vez que eliminaría la subjetividad inherente al concepto de "conveniencia para el interés del menor" dejado a la consideración de un determinado técnico de la entidad pública, en una cuestión que los estudios científicos han dotado de sobrada objetividad. En cualquier caso, es importante destacar que la separación de un

niño de su entorno familiar supone un acto sumamente distorsionador de su esfera personal, lo que requiere que los motivos para llegar a dicha situación deban ser ponderados, analizados y demostrados. De lo contrario, el niño percibirá más daño que beneficio, incluso con el acogimiento familiar.

2.2. Causas de un desamparo

Una de las mejoras que introduce la LOMSPIA respecto a la ley anterior es la definición de aquellas situaciones que considera de desamparo para un niño. Lo hace con la reforma del artículo 18 de la LOPJM. Sin embargo, esta reforma adolece aun de deficiencias que han quedado, en parte, plasmadas en (Santamaría, 2015a), especialmente en lo que las modificaciones se exceden de considerar lo que son situaciones de desamparo y que, a todas luces, no lo son. En (Allueva, 2011) se pone también de manifiesto que esta anomalía se ha presentado en el pasado con graves consecuencias para las familias afectadas. La cuestión es afrontar este problema para resolverlo en el futuro.

Un primer paso para evitar declaraciones de desamparo inexistentes pasa por que las situaciones de desamparo queden plenamente tipificadas sin posibilidad de que el arbitrio o subjetividad de un técnico permita definir causas de desamparo distintas de las establecidas legalmente.

Así, en el artículo 18.2 de la LOPJM se realiza una enumeración de las causas de desamparo que se extiende de la 18.2 a) a la 18.2 h), en la que parece que se intenta hacer un examen exhaustivo de dichas situaciones. El resultado de ello sería la tipificación antes mencionada si la nueva ley no permitiese que la última causa de desamparo (la 18.2 h) LOPJM) pudiese ser una cualquiera susceptible de ocurrírsele a un técnico. Si el legislador realiza un esfuerzo por enumerar todas las causas de desamparo posibles y de hecho enumera todas aquellas que se le han ocurrido, no se comprende por qué deja abierta la posibilidad de que un técnico de la administración pública establezca una causa distinta, pues con ello no hace sino dar rienda suelta a la arbitrariedad administrativa. Por tanto, la opción 18.2 h) LOPJM debería desaparecer del texto legislativo, sin perjuicio de que en posteriores reformas legislativas se añadan nuevas causas de desamparo aparecidas por las cambiantes realidades sociales. Ello sería similar a lo ocurrido en el código penal con los delitos informáticos que, recientemente, han debido ser incorporados, sin que por ello los códigos penales anteriores hayan permitido que un policía o autoridad cualquiera pudiese inventar un delito a su conveniencia. Además de esta consideración, las causas de desamparo deben ser definidas con concreción y precisión para evitar ambigüedades.

El artículo 18.2 a) de la LOPJM menciona como causa de desamparo el “abandono del niño”, en que coincidiendo con el argumento expuesto en (Santamaría, 2015a), la definición que ofrece de “abandono” no se ajusta en absoluto a los parámetros sociales. Lo que la sociedad entiende por “abandono de un niño” es aquella situación en que el niño se encuentra solo o en compañía de otros niños, sin la supervisión de adulto o menor de edad con capacidad de responsabilizarse de su integridad física o moral.

Añadiría en este epígrafe que el mantener a un niño encerrado sin una causa justificada, especialmente en condiciones indignas (por ejemplo, atado, sin recibir estímulos externos, sin asear o sin comodidad) supone también causa de desamparo.

El artículo 18.2 b) de la LOPJM menciona como causa de desamparo el hecho de que haya transcurrido el plazo de guarda voluntaria de un niño y sus responsables legales no quieran o no puedan asumir su guarda. En este caso, matizaría que si los responsables legales de un niño se encuentran en condiciones de hacerse cargo de su guarda y no quieren asumirla, aun sin haber transcurrido el máximo plazo legal permitido en guarda voluntaria, debería declararse el desamparo del niño, pues es obvio que un niño no puede pasar toda su infancia esperando que sus padres o responsables se quieran ocupar de él.

El artículo 18.2 c) de la LOPJM menciona como causa de desamparo el riesgo para la vida, salud e integridad física del niño. Obviamente esto requiere de mayor precisión que, el propio artículo, realiza a continuación. No cabe duda de que aquellos hechos delictivos realizados por los cuidadores de un niño de forma conjunta, coordinada o con complicidad, afectándole a su integridad física, serán causas de desamparo. Es importante destacar que si los cuidadores o responsables son dos, ambos deben tener responsabilidad en los hechos delictivos para que éstos puedan ser considerados causa de desamparo. De lo contrario, el niño quedará bajo la responsabilidad de aquel cuidador o responsable que no le causó ni consintió daño alguno y, por tanto, no se encontraría en desamparo.

En los hechos delictivos que dañan la integridad física de un niño se integrarían los malos tratos físicos graves, los abusos sexuales y la trata de seres humanos, todos ellos incluidos en el artículo citado de la LOPJM. Este último motivo de desamparo quedaría mejor encuadrado bajo el epígrafe de los daños morales, pero en cualquier caso es motivo de desamparo. Además, habría que añadir como causas de desamparo aquellas lesiones que, producidas a un niño, suponen actos delictivos, aun sin suponer maltrato habitual. Restaría analizar si las “agresiones” contra el niño cuando éstas no han producido lesiones deben considerarse causa de desamparo. Cabe entender que algunas agresiones en el ámbito del hogar pueden ser propias del derecho de corrección de los padres (sentencia 625/2014 de la AP de Barcelona, Sección 12ª, de 16 de octubre, entre otras) por lo que, por sí solas, no podrán considerarse causas de desamparo.

Prosiguiendo en el análisis de los riesgos para la integridad física de un niño, lo que el citado artículo califica de “negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias” quedaría mejor especificado por “desnutrición” siempre que ésta esté debidamente acreditada por personal médico, pues en sí ello demostrará la “negligencia grave”, salvo que haya motivos probados de lo contrario. Sin embargo, la malnutrición no puede considerarse causa de desamparo, ya que no implica, por sí sola, negligencia, sino quizás desconocimiento o ignorancia en hábitos alimenticios sanos. El auto 4/2005 de la sección 6ª de la AP de Sevilla, de 19 de enero hace expresa mención a la

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO

diferencia entre desnutrición y malnutrición, distinguiendo precisamente la ausencia de desamparo en caso de malnutrición.

En cuanto a la “negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones de salud”, ésta debe quedar reflejada en función de la actitud y comportamiento de los padres o cuidadores, no de los niños o adolescentes, cuya conducta es, a veces, impredecible e incontrolable por parte de los adultos a los que no se puede siempre responsabilizar. La enumeración de los casos en que se produciría negligencia de progenitores, tutores o guardadores sobre el niño o adolescente a su cargo, sería:

- Omisión de asistencia médica en caso de enfermedad, lesión o accidente de suficiente gravedad
- Descuido o desinterés, con grave riesgo para la salud, en el suministro de un tratamiento médico prescrito
- Suministro de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica sin prescripción médica
- Consentimiento o tolerancia por parte del adulto en el consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo por parte del niño o adolescente
- Consentimiento o tolerancia por parte del adulto en la ejecución de conductas peligrosas de manera reiterada por parte del niño o adolescente
- Ablación y mutilación genital

Como describe el artículo citado de la LOPJM, se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando los adultos responsables no hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar las conductas que ponen en peligro la salud de los niños o adolescentes. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido, acreditados por personal médico, causados por maltrato prenatal.

El artículo 18.2 d) de la LOPJM menciona como causa de desamparo el “riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato emocional continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores”.

Este es quizás uno de los puntos más escabrosos de la ley, ya que demostrar el maltrato emocional de un niño es sumamente difícil, más teniendo en cuenta que los hechos que provocan un desamparo deben ser anteriores al mismo y no puede acogerse que se denuncie “maltrato emocional” con posterioridad a la separación del niño de su entorno familiar, pues ésta supone uno de los motivos que produce mayor “peligro para la integridad moral del niño”, “riesgo para su salud mental” y “daño emocional”. Por tanto, es necesario precisar minuciosamente las causas de desamparo de este epígrafe.

Añadiría dentro de este epígrafe el sometimiento a vivencias estresantes que puedan herir la sensibilidad infantil del niño. Entre ellas incluiría la de visionar de forma habitual escenas pornográficas o excesivamente violentas y presenciar el consumo habitual de

sustancias con potencial adictivo. Sin embargo, evitaría que pudiesen declararse generalidades como la “carencia o deficiencia de habilidades parentales” como justificación de “maltrato emocional”. Evitaría también la consideración de todas aquellas conductas que, siendo rechazables y produciendo efectivamente daño emocional en el niño (Bueno, 1997: 91) ocurren por desconocimiento y falta de formación de los padres y son susceptibles de mejora con una adecuada instrucción dentro del núcleo familiar. Entre dichas situaciones incluiría las discusiones entre los miembros de la pareja que cuida del niño u otros miembros de la familia.

El epígrafe 18.2 e) de la LOPJM menciona como causas de desamparo “el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares”. El contenido de este epígrafe es de suma ambigüedad en lo que se refiere a determinar las situaciones de desamparo, aunque queda meridianamente claro el objetivo que persigue. Habría que modificar la redacción de este epígrafe con suma cautela para no caer en el tópico de *“alejar al menor de su núcleo de origen cuando se considera que su pertenencia a sectores sociales desfavorecidos le impide llevar una vida digna”* (Allueva, 2011: 20).

Redactaría el contenido del epígrafe como “el peligro para la salud y la dignidad del niño como consecuencia de vivir bajo el influjo de patologías adictivas habituales (ludopatía, etc.) que deterioren la atención que necesita, o bajo los condicionantes del “síndrome de Diógenes” siempre que tales causas estén plenamente acreditadas por personal autorizado”. Aun así, en el caso de patologías adictivas, la desatención del niño debería quedar encuadrada en alguno de los aspectos ya mencionados (abandono, inasistencia médica, guarda voluntaria, desnutrición, absentismo escolar, etc.) por lo que el desamparo en sí, quedaría acreditado por las causas ya tasadas previamente. Sin embargo, es importante destacar las condiciones originales que producen el desamparo, ya que la superación de dichas condiciones negativas de los padres o guardadores determinaría la extinción de la situación de desamparo.

Evitaría que este apartado de la ley permitiese que la separación de un niño de su familia fuese debida al hecho de que su vivienda careciese de ciertos requisitos de superficie, distribución y lujos que algunas familias de niveles sociales desfavorecidos no pueden permitirse. Impediría que un niño fuese separado de su familia cuando ésta deba compartir la vivienda con otras personas o familias. Evitaría, incluso, que un niño fuese declarado en desamparo en situaciones de chabolismo, pues no es ocioso recordar que las administraciones públicas tienen obligación de proporcionar viviendas dignas a todos los ciudadanos y no es de recibo que invierta ingentes cantidades de dinero en mantener centros institucionales para encerrar allí a los niños cuyos padres carecen de vivienda independiente y en ciertas condiciones. Para ello, sería necesario recalcar en la letra de la ley, de forma explícita, que cualquier condicionante sobre la vivienda impide la declaración de desamparo de un niño. Es más, a nivel internacional, resulta obvio que se da mayor importancia a la permanencia de un niño en su familia que a la posesión de una vivienda digna, pues a los niños que viven en campos de refugiados no se les separa de sus familias para enviarlos a gozar de las comodidades

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO

del primer mundo (ver sentencia del TEDH de 24 de mayo de 2011 en el asunto Saleck Bardi contra España).

En el epígrafe 18.2 f) de la LOPJM, que menciona “la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución”, añadiría como causa de desamparo la explotación laboral del niño o adolescente y evitaría generalidades como “la explotación de similar naturaleza o gravedad” que puedan llevar a valoraciones subjetivas. Por último, mantendría intacto el epígrafe 18.2 g) de la LOPJM.

Para terminar con las causas de la intervención administrativa modificaría la definición que ofrece la ley sobre situación de desamparo considerando que ésta es “*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 niños y adolescentes, cuando por dichas causas éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”. De este modo, se establece la relación causa-efecto entre el incumplimiento de los padres y la inasistencia de los hijos, de tal modo que carecer de asistencia material por motivos circunstanciales o coyunturales no podría ser causa de desamparo.

2.3. Situaciones que no suponen desamparo

La LOMSPIA menciona explícitamente algunas de las circunstancias que no suponen desamparo para un niño. En concreto, cabe poner el acento en una situación ampliamente detectada por los usuarios del SPI y que no ha pasado desapercibida al legislador, que ha querido evitar su efecto, incluyendo entre las líneas de la LOMSPIA el siguiente texto:

La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.

El asunto de la discapacidad de uno de los padres ha sido, durante la vigencia de la LOPJM del año 1996, motivo de separaciones familiares claramente abusivas. Por ello la LOMSPIA menciona que:

Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Algunos ejemplos de sentencias en que las discapacidades se han mostrado signo de desamparo son la del TS 84/2011 de 21 de febrero, la del TS 800/2011 de 24 de noviembre, la del TSJC 14/2015 de 12 de marzo y la de la AP de Almería, Sección 3ª, 57/2004 de 10 de marzo, en que habiendo fallado a favor del retorno de los hijos junto a los padres, no ha impedido un prolongado espacio de tiempo de separación de los niños de su núcleo familiar.

Muchas otras sentencias de jurisprudencia menor mencionan discapacidades o minusvalías de alguno de los padres, ratificando el desamparo de los hijos. Algunas,

tales como la de la sección 2ª de la AP de Castellón 74/2006 de 27 de abril, de la sección 2ª de la AP de Almería, 169/2010 de 18 de octubre, de la sección 1ª de la AP de Albacete 139/2011 de 30 de septiembre, de la sección 1ª de la AP de Ourense 281/2008 de 10 de julio, entre otras, muestran una relación causa-efecto entre la discapacidad de los padres y el desamparo de los hijos. Otras sentencias, tales como la de la sección 2ª de la AP de Almería 69/2011 de 5 de mayo o la de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 449/2013 de 10 de diciembre, muestran posibilidad de que la discapacidad de los padres ofrezca algún impedimento al cuidado del hijo, mientras que la inmensa mayoría de sentencias (más de 300) de distintas y numerosas Audiencias Provinciales señalan la discapacidad de los padres, o uno de ellos, sin ninguna prueba de que ésta sea constitutiva de incapacidad para la aceptable atención del hijo. Entre estas se puede mencionar la sentencia de la AP de Salamanca 138/2015 de 19 de mayo, la de la sección 2ª de la AP de Huelva 195/2014 de 18 de septiembre, las de la sección 2ª de la AP de Castellón 97/2013 de 31 de julio, y 91/2014 de 27 de junio, la de la sección 1ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife 69/2012 de 8 de febrero, la de la AP de Ávila 38/2013 de 6 de marzo, la de la sección 18ª de la AP de Barcelona 357/2013 de 4 de junio, la de la sección 10ª de la AP de Valencia 324/2008 de 22 de mayo, la de la sección 1ª de la AP de Ourense 281/2008 de 10 de julio, la de la sección 5ª de la AP de Les Illes Balears 187/2005 de 4 de mayo, la de la sección 1ª de la AP de Pontevedra 167/2015 de 30 de abril, la de la sección 2ª de la AP de Burgos 222/2013 de 2 de septiembre, la de la sección 2ª de la AP de Córdoba 244/2013 de 5 de noviembre, de la cual se preparó recurso de casación que fue inadmitido a trámite por Auto del TS de 4 de noviembre de 2014.

Existe otro motivo que, sin serlo, ha sido ampliamente utilizado como causa de desamparo de un niño. Es aquel que considera desamparado a un hijo de una víctima de violencia de género o doméstica. Ello ha sido objeto de atención por parte del legislador que se pone de manifiesto cuando la LOMSPIA en el apartado siete del artículo primero modifica el contenido del artículo 12 de la LOPJM en el que se añade el siguiente texto:

Quando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación.

Respecto del texto anterior, cabe hacer notar que la redacción del mismo es un tanto peligrosa pues aunque, por un lado menciona que se debe “procurar” la permanencia del niño con la víctima de violencia de género, por otro lado menciona que también hay que procurar su “protección” y no cabe olvidar que la declaración de desamparo se considera una “medida de protección”. Por ello, sería necesario añadir expresamente en el artículo 18 de la LOPJM que:

El hecho de que un niño se encuentre bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, no supondrá, en ningún caso, motivo de desamparo.

Optar por una lista cerrada de causas de desamparo, como la propuesta en el apartado precedente, permitiría eliminar del texto de la ley la referencia explícita a aquellos supuestos que no deben considerarse de desamparo, pues así queda delimitado lo que supone desamparo y todo lo que no se encuentra en la lista cerrada queda excluido de considerarse desamparo.

En definitiva, la lista cerrada de causas de desamparo simplifica la redacción de la ley, centrando el esfuerzo en identificar aquellas situaciones dañosas y gravemente perjudiciales para los niños, haciendo innecesario pensar en todas y cada una de las situaciones que no implican daños significativos para los niños que, por supuesto, son mucho más numerosas que las contrarias y cuya identificación resultaría casi imposible. De hecho, cabe observar que la LMSPIA ha olvidado excluir de las causas de desamparo el trastorno psíquico de los padres, también utilizado abusivamente para declarar niños en desamparo.

Por último, pretender destacar en la ley todas las causas que no suponen desamparo implica que mientras no estén identificadas, los niños están expuestos a ser declarados en desamparo por dichos motivos, lo cual es muy grave y es, de hecho, lo que ha ocurrido desde el año 1996 hasta la actualidad.

2.4. La relación entre la “guarda de hecho” y el desamparo

Una de las circunstancias que quedaría incluida, según la LOMSPIA, como motivo de abandono es aquella en que los responsables de un niño conscientes de sus limitaciones o incapacidad para cuidar debidamente de él, lo dejan al cuidado de terceras personas. Esta situación ha sido ya objeto de estudio por parte de distintos juristas (Fábrega, 2004), (Moreno-Torres, 2005: 96-97). Esta acción es precisamente un acto de responsabilidad de quienes tienen atribuida la guarda y custodia legal del niño en cuestión y, en ningún caso, puede considerarse abandono. Lo correcto en este caso es que, tanto los guardadores legales como la persona o personas que van a ejercer de tutores, acudan a la autoridad judicial para el nombramiento. Con ello se evita la posibilidad de hacer transacciones privadas que puedan considerarse tráfico de menores (como el caso que menciona la sentencia de la sección 1ª de la AP de Pontevedra, 393/2011 de 14 de julio), pues la tutela quedaría bajo la vigilancia de la fiscalía. Sin embargo, la detección de una situación de guarda de un niño por parte de quien no corresponde legalmente, en ningún caso, deberá suponer situación de desamparo, sino que imprimirá, a quien tenga conocimiento de ello, la obligación de comunicarlo a las autoridades judiciales y la fiscalía. Esta fue la situación detectada en las sentencias 181/2004 y 183/2004, de la sección 1ª, de la AP de Cádiz, de 22 de diciembre, las cuales promovieron la tutela de unos acogedores “de hecho” de unos gemelos en situación irregular, impidiendo la injerencia administrativa que pretendía según cita textual:

“la separación del menor del núcleo que ya siente como propio para imponerle un nuevo proceso de adaptación, primero en un centro de menores y luego en una nueva familia, que nada garantiza que sea mejor que la presente”.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia del TS 582/2014, de 27 de octubre, sobre el caso de un niño bajo la "guarda de hecho" de su abuelo dictaminando que el niño no se encontraba en situación de desamparo. En este caso, al ser el abuelo familia del niño no considera imprescindible hacer uso de la figura de la tutela ordinaria.

La figura de la tutela ordinaria, presente en nuestro ordenamiento jurídico, es prácticamente una figura en desuso desde que el año 1996 la LOPJM otorgó plenos poderes a las entidades públicas para el intervencionismo en las familias españolas, en las que se ven desfavorecidas las familias de estratos sociales marginales. Como pone de manifiesto (Santamaría, 2015a):

"lo que una sociedad civilizada debe perseguir es que sean los ciudadanos dentro de su núcleo familiar quienes se ocupen responsablemente del bienestar y el desarrollo de sus miembros más pequeños, debiendo quedar el Estado, en virtud del principio de subsidiariedad, relegado a resolver aquellos casos más graves en que se demuestra una evidente incapacidad de las familias para abordar la protección de sus niños"

A lo anterior añadiría que las personas susceptibles de ser tutores de un niño pueden no ser miembros de la familia, sino cualquier otra persona de confianza de los padres. Estos deben tener el derecho y el deber de escoger a quienes quieran para cuidar de su hijo cuando ellos se sientan incapacitados, sin que una entidad pública pueda imponer su criterio en este sentido.

Ha de entenderse que el desamparo de un niño debe ser causa de una conducta reprochable de los padres, pues impone un duro castigo, especialmente al niño quien, en ningún caso, puede considerarse responsable. Si bien el castigo mencionado se encuadra dentro del ámbito civil, puede desembocar en la pérdida de la filiación con el impacto en el interés general, tanto público como privado, que ello conlleva. En este sentido, la sentencia de la sección 2ª de la AP de Navarra de 10 de febrero, confirmada por Auto del TS de 4 de junio de 2013 destaca lo siguiente:

Se trata de una motivación insuficiente, especialmente si tenemos en cuenta que los trascendentales derechos e intereses en juego exigen un canon de motivación reforzado en cuanto la resolución afecta a derechos fundamentales reconocidos en los Tratados Internacionales.

En este sentido, y retomando la afirmación que hacíamos en el primer párrafo del fundamento de derecho quinto de esta resolución (en el sentido de que los padres que acudiesen al procedimiento del art. 781 de la LEC " deberían acreditar que no están incurso en las causas de privación de patria potestad que se les hubiere hecho saber"), no resulta ocioso recordar que el Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 13/1982, de 1 abril (RTC 1982\13), estimó vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en un proceso matrimonial, señalando que " *El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como*

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO

jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se deriv e un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos "; doctrina que se reitera en STC núm. 36/1985, de 8 marzo (RTC 1985\36), en relación a un supuesto de despido laboral, si bien, en este caso, desestima que se hubiera producido la vulneración de tal derecho fundamental tras analizar la actividad probatoria.

La STS (Sala de lo Civil) de 8 julio de 1997 (RJ 1997\6013), también tiene presente esta doctrina, si bien desestimando el motivo que se fundaba en la supuesta vulneración de tal derecho, razonando que " *El motivo se desestima. Centrado en la infracción de la presunción de inocencia para combatir una condena en una sentencia civil al pago de daños y perjuicios, es evidente su desenfoque, pues dicho principio opera exclusivamente en el ámbito de los procedimientos de los que se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de los derechos del sancionado, no en el ámbito de la responsabilidad civil* (Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1982 (LA LEY 13392-JF/0000) , 36/1985 y 367/1993)."

Cierto es que, con posterioridad, han sido muchas las sentencias del Tribunal Constitucional han abandonado esta inicial doctrina, circunscribiendo el ámbito del derecho a la presunción de inocencia al proceso penal o administrativo sancionador. Pero no se trata, con la cita de las sentencias anteriores, de recuperar su doctrina, sino de llamar la atención sobre el paralelismo que existe entre la carga que pesa sobre las acusaciones de proporcionar prueba de cargo suficiente para enervar tal derecho fundamental y la que, en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 217 de la LEC, incumbe, en nuestro caso, a quien atribuye a la madre del menor encontrarse incurso en causa de privación de la patria potestad; especialmente si, como ya hemos razonado, no se le facilitó una información adecuada y suficiente al respecto.

2.5. Situaciones de riesgo

El apartado primero del artículo 17 de la LOPJM redactado por la LOMSPIA menciona, "entre otros", dos indicadores de riesgo, que se suman a los citados en los apartados 9 y 10 del mismo artículo de la LOPJM. Sin embargo, se observa que el artículo en cuestión menciona indicadores y situaciones de riesgo de forma abstracta sin que quede claro a qué se refieren unos y otras. Del artículo 17.4 de la LOPJM se desprende que, ante una situación riesgo, se planteará un "proyecto de intervención" y del artículo 17.5 de la LOPJM se desprende que "la omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor".

La ambigüedad, diría que, incluso contradicción, del artículo citado es tal, que no se sabe en qué momento un niño se encuentra en situación de riesgo, pues, al parecer, podría estarlo antes de que existiese la declaración de riesgo. En efecto, todo parece indicar que el riesgo sólo se declararía ante la falta de colaboración de los responsables y que este hecho puede conllevar a la declaración de desamparo, según parece desprenderse del artículo 17.8 de la LOPJM, aun sin cumplirse ninguno de los requisitos del artículo 18 de la LOPJM.

De lo anterior se deduce que los esfuerzos por identificar todas y cada una de las causas que dan lugar a un desamparo pueden resultar totalmente inútiles si éste se puede alcanzar a través de una situación de riesgo, declarada o no, absolutamente arbitraria, tras el fracaso de un plan de intervención y colaboración inalcanzable para la familia o inalcanzado según los criterios subjetivos del técnico evaluador. Por ello, resulta imprescindible definir las que se consideran situaciones de riesgo de desprotección de un niño.

Además, habría que conseguir que la “situación de riesgo” de los hijos de una familia fuese acogida por ésta como una opción favorable a través de la cual fuese a recibir la ayuda necesaria para paliar sus deficiencias y problemas de todo tipo. Para ello es necesario que el SPI entienda que la mejor forma de proteger a un niño es proteger a su familia. Desde luego, ni lo uno ni lo otro ocurre en la actualidad. De hecho resulta curioso que la LOMSPIA prevea la impugnación de la declaración de riesgo que, con anterioridad, no estaba prevista. Ello es muestra de que la declaración de riesgo se plantea como una amenaza para la integridad de la familia y que, el propio legislador, así lo entiende. Obviamente, esta concepción debe cambiar, pues todo un desarrollo legislativo debe obrar en beneficio de la sociedad y es menester conseguir que los usuarios conciban el SPI como un verdadero “servicio”.

Previamente he hablado de la situación de pobreza de una familia, haciendo hincapié en el hecho de que ello no puede suponer situación de desamparo. Sin embargo, la situación de pobreza debe ser un indicador de riesgo de tal modo que obligue a la administración pública a invertir recursos económicos en la familia afectada con el fin de evitar problemas más graves. Ello es perfectamente concordante con el texto del artículo 17.1 de la LOPJM:

La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar

En relación a esta cuestión la “falta de higiene” en la vivienda o las personas o la carencia de vivienda estable o de las condiciones necesarias de habitabilidad habrían de ser también situaciones de riesgo, de manera que con el incremento de recursos económicos en la familia, se solventen estos problemas.

Otras situaciones de riesgo serían aquellas en que se permite la convivencia de un niño con quien ha cometido contra él, algún delito contra su integridad física y moral, tras cumplir condena, regresa al hogar del niño. De algún modo, la declaración de riesgo actuaría a modo de prevención contra la comisión, por parte del adulto, de otro delito de la misma índole.

Se consideraría también situación de riesgo aquella en que el niño ha sufrido agresiones por parte de sus padres o cuidadores, con el fin de supervisar si éstas son meras acciones correctivas y, en todo caso, evitar que desemboquen en lesiones o malos tratos.

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO

Las conductas que ocurren por desconocimiento y falta de formación de los padres y que son susceptibles de mejora con una adecuada instrucción dentro del núcleo familiar, las incluiría también como situaciones de riesgo. Entre ellas, como he mencionado previamente, consideraría las discusiones en presencia de los niños.

La ausencia de controles médicos durante un periodo prolongado de tiempo y la malnutrición podrían ser también situaciones de riesgo si comportan algún peligro para la salud del niño como la obesidad u otros problemas.

Es importante destacar que la concurrencia de varios factores de riesgo en una misma familia no pueden suponer nunca una causa de desamparo. Es decir, la acumulación de varias situaciones de riesgo no suman hasta alcanzar una situación de mayor gravedad que alcance el desamparo, pues no por tener una larga y llamativa lista de problemas menores ocurridos en la familia se puede declarar un desamparo. Tampoco la no superación de las situaciones de riesgo debe ser motivo de desamparo, pues si existe una lista cerrada de causas de desamparo totalmente tasadas es, precisamente, para que no se pueda alcanzar el desamparo por otras vías, evitando así que se desemboque en grave inseguridad jurídica.

Como he mencionado previamente, las situaciones de riesgo deberían obligar a la administración pública a invertir recursos económicos en la familia, de tal manera que la situación de pobreza quede totalmente excluida. Con ello, el seguimiento realizado en el núcleo familiar debería supervisar la correcta utilización de los recursos invertidos y el empeño por superar deficiencias que no son de índole económica, valorando, a su vez, el esfuerzo por conseguir los medios necesarios para la independencia económica. Aun así, será necesario considerar que, por motivos culturales y sociales, ciertos hábitos familiares pueden estar fuertemente arraigados. Como menciona Fernández *“no podemos obviar que el concepto que un grupo cultural tiene de la infancia, determina la práctica de crianza, el tipo de interacción que los adultos establecen con los niños, los ambientes que les diseñan, los desarrollos que consideran necesarios y las expectativas sobre ellos”* (Fernández, 2013: 4). Así, en ciertas culturas “comer con las manos” es una práctica extendida y socialmente aceptada por lo que se inculca a los más pequeños. La intervención administrativa no debe pretender un nivel de perfección inalcanzable ni establecer aquel modelo convivencial que considere más oportuno. Por ello, y a modo de ejemplo, hay que evitar que un técnico decida que *“un niño puede ser separado de su madre prostituta o permanecer junto a ella en base a criterios psicológicos personales”* (Fernández, 2013: 3). Ahora bien, el manifiesto desinterés de los padres o cuidadores por superar las condiciones de riesgo en que se encuentren los hijos de la familia podrá desembocar en la suspensión de la ayuda administrativa, de manera que se eviten dependencias innecesarias y malversación de fondos públicos.

2. LA INTERVENCIÓN PROTECTORA Y EL PROCESO ACTIVADO

El mero hecho de detallar con precisión, desde el ámbito legal, los motivos que pueden dar lugar a una situación de desamparo, ya elimina, en gran parte, la posibilidad de

cometer errores en la apreciación de tales circunstancias. Coincidiendo plenamente con Fernández y extrapolándolo a situaciones de desamparo:

Las dificultades surgen cuando [la consideración de situaciones de riesgo] depende más de un criterio técnico que legal. Hay unos criterios tanto legales como técnicos, para la intervención en situación de alto riesgo social. Los criterios legales se presentan más claros. Los criterios técnicos dependen de los modelos de evaluación de la situación, de la respuesta que se pueda dar desde las instituciones y, sobre todo, del modelo de toma de decisiones que utiliza cada equipo en este cometido. (Fernández, 2013: 3,4)

A pesar de ello, ninguna declaración de desamparo está exenta de un cierto grado de subjetividad en la valoración de la gravedad de los hechos que la determinan. Así lo muestra la siguiente figura:

3.Efectuado el seguimiento pertinente se valora que no se han logrado los objetivos planteados siendo la respuesta de los padres negativa ante la intervención realizada. Además se han constatado los siguientes indicadores de desprotección:

- Relación de pareja conflictiva e inestable con episodios de violencia en presencia de los menores y haciéndolos partícipes. La Sra. Bordera se muestra dependiente y minimiza la gravedad de los incidentes
- habilidades parentales deficientes, no interiorizan el aprendizaje ni mantienen las pautas trabajadas desde distintos contextos profesionales
- tras las intervenciones realizadas para mejorar la situación económica y laboral de los padres se concluye una falta de implicación y abandono del proceso, siendo la situación precaria.
- continúan los indicadores de negligencia física y emocional en los menores: higiene deficiente, ropa inapropiada, falta de implicación en el seguimiento escolar, no siguen las indicaciones de los profesionales, supervisión inadecuada, ausencia de normas y límites...
- El menor Bernar presenta problemática conductual en los diferentes contextos en los que acuden y daño emocional.

El fragmento de documento que muestra la figura, es una declaración de desamparo que denota una distinta apreciación de los hechos, pues como bien expresa, la madre “minimiza la gravedad de los incidentes” por lo que cabe pensar que si la escuchásemos, ésta diría que los técnicos del caso “exageran en sus apreciaciones”.

La existencia del documento mostrado implica que la entidad ha asumido la tutela automática de los hijos de la familia y que se ha procedido a su inmediata separación del entorno familiar (Moreno-Torres, 2005) por lo que el proceso que se active deberá ofrecer las debidas oportunidades procesales para discrepar de una decisión de tan elevado impacto socio-familiar que además afecta al orden público.

Los motivos de desamparo que provengan de una acción presuntamente delictiva contra un niño, por el hecho de estar encuadrados dentro de la jurisdicción penal, de por sí estarán dotados de las debidas garantías jurídicas. El problema es que mientras se investigan los hechos, el niño está separado de su familia. Si el procesado resulta

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO

absuelto, la separación del niño de su familia habrá resultado ser un “acto de desprotección” ejecutado por el SPI, llegando a una situación sumamente antagónica e indeseable. Si los motivos de desamparo no se encuadran dentro del ámbito penal la situación es mucho más grave para el niño, pues su separación familiar puede no ser ni siquiera revisada por un juez.

Cuando están en juego los derechos fundamentales de un niño, especialmente el recogido en el artículo 9 de la CDN, la defensa de estos no puede quedar a expensas de lo que decidan sus padres que, presuntamente son personas negligentes y descuidadas respecto a sus hijos, por lo que no hay que suponer que van a preocuparse de la defensa de sus derechos. Si bien un adulto puede renunciar a sus derechos personales si esa es su voluntad, el sistema no debería permitir que la renuncia de los padres menoscabara los derechos de los hijos, que no son los de los padres. La renuncia de los padres a la interposición de cualquier recurso judicial permitirá que los hechos desencadenantes del desamparo queden sin esclarecimiento en sede judicial, lo cual en un estado de derecho es inadmisibles.

Por otro lado, los padres separados de sus hijos se encuentran bajo una afectación psicológica importante, estigmatizados por la denuncia de ser “malos padres” y bajo una presión emocional arrebatadora al sentirse alejados de sus hijos y conscientes del sufrimiento de éstos. En tales condiciones su capacidad litigante puede quedar mermada, así como su actividad para superar las condiciones que motivaron el presunto desamparo y cumplir el plan de trabajo impuesto por las autoridades. Por todo ello, el hecho de que los padres no activen un proceso judicial lo único que demuestra es que carecen de “capacidad litigante” o medios para emprender un litigio, pero en absoluto demuestra su incapacidad para cuidar de sus hijos y menos de forma permanente.

Un niño tiene derecho a permanecer con sus padres, incluso si éstos no tienen el carácter para activar un proceso judicial. Los requisitos para ejercer de padres son unos y los requisitos para hacer frente a una situación estresante como supone una separación familiar son otros muy distintos. El incumplimiento de los segundos requisitos no implica el incumplimiento de los primeros. Por ello, una declaración de desamparo debería activar un proceso obligatorio, similar al que se activa cuando se detiene a un presunto delincuente, ofreciendo abogado a los padres para posibilitar la defensa de sus intereses y los de sus hijos. En dicho proceso, la fiscalía debería solicitar la acreditación de los datos conducentes al desamparo e iniciar una investigación a fondo.

En un mundo en constante evolución en que el “empoderamiento de la infancia” es un concepto emergente, entendiéndolo como la *“dotación de las capacidades necesarias que permitan a los niños y adolescentes transformar sus propias circunstancias”* (Curbelo, Rodríguez, Suárez, 2011), supone una colosal regresión impedir un proceso efectivo contra la declaración de desamparo de un niño, al que de ese modo se convierte en mero “objeto de protección” sin tener en cuenta el amplio consenso existente en la consideración del niño como “sujeto de derechos propios”. Incluso, con el procedimiento actual, los problemas procesales a los que se enfrentan los padres para

conseguir una revisión judicial y la defensa de los derechos de sus hijos, son enormes. La exposición y análisis de los mismos serán objeto de un trabajo posterior.

3. LA INVESTIGACIÓN DEL DESAMPARO EN SEDE JUDICIAL

Son muy graves los problemas a los que se enfrenta la sociedad cuando las entidades públicas realizan declaraciones de desamparo incorrectas. Lo situaría al mismo nivel que el delito de “detención ilegal”. El principal problema es que el sistema judicial consiente tales actuaciones administrativas e, incluso, permite que se consoliden convivencias nacidas de acciones negligentes de la administración pública. Mientras que en el ámbito judicial se tratan con gran condescendencia y tolerancia los errores de las entidades públicas, las negligencias de los padres en el cuidado de sus hijos se tratan con suma severidad, resultando beneficiados otros ciudadanos (Carrasco, 2010) mientras que los niños viven bajo la vulneración de sus derechos fundamentales. Allueva analiza algunos de los problemas jurídicos derivados de las situaciones de desamparo (Allueva, 2011: 17-21).

Tal como Allueva expone en su trabajo la sentencia del TC 221/2002 de 25 de noviembre reconoce la necesidad de valorar el cambio de circunstancias de un niño que convive en acogida, ante la posibilidad de retorno al entorno de origen. Así, dicha sentencia recogiendo la opinión de una niña de 12 años, dice lo siguiente:

“La cuestión que debemos examinar es si la Audiencia Provincial [...] ha adoptado una decisión que justificase debidamente la ausencia de peligro para la integridad moral de la menor.”

Sin embargo, una sentencia posterior, la del TC 71/2004 de 19 de abril, también respecto de una niña en acogimiento, reconoce que el derecho a la integridad moral del niño no se vulnera ante la expectativa de un cambio de convivencia que respeta su interés superior y su derecho de retorno al entorno familiar de origen.

En el primer caso (sentencia TC 221/2002 de 25 de noviembre), que no es otro que el de la niña de Benamaurel, ésta conocedora de su historia y las pretensiones de cambio para ella, expone sus preferencias en virtud de sus recuerdos de las experiencias negativas vividas en su familia de origen, mientras que en el segundo caso (sentencia TC 71/2004 de 19 de abril), la niña afectada por la posibilidad de retorno a su entorno de origen no tiene recuerdos ni experiencias negativas en su convivencia en el entorno familiar de origen, por lo que no se le puede negar el derecho al retorno.

De hecho, lo que vulneraría la “integridad moral” de un niño sería que se le privase de su familia de origen de forma caprichosa y sin actuación y revisión jurídica intachable.

En cuanto a la sentencia del TS 565/2009 de 31 de julio, también respecto de una niña en acogimiento y comentada por Allueva, es necesario destacar un dato importante y es que, de la exposición del caso, no cabe duda de que la niña sufrió una situación real de desamparo en su familia de origen, lo cual es reconocido por las partes. Partiendo de

esta premisa, se valora el tiempo transcurrido en acogimiento, la situación de adaptación al acogimiento y la posibilidad de cambio a su entorno de origen, que dan lugar a la doctrina establecida (Allueva, 2011) decidiéndose para el caso concreto la "permanencia en acogimiento". Por ello, la sentencia TS 84/2011 de 21 de febrero, que se pronuncia respecto del caso de un niño en acogida, argumenta la decisión de retorno a la familia de origen en la ausencia de demostración de desprotección del niño en dicha familia, con independencia de las circunstancias posteriores que, al no haberse acreditado el desamparo, pierden todo el peso probatorio. Cabe tener en cuenta que esta segunda sentencia (TS 84/2011 de 21 de febrero) aplica la doctrina sentada en la primera (TS 565/2009 de 31 de julio), lo cual no es obstáculo para que la decisión sea contraria, pues lo que se analiza en último extremo es el concepto del interés superior del niño que, en función de las circunstancias puede ser permanecer en la familia de acogida o retornar a la familia de origen.

Existen en la actualidad varias sentencias que reconocen que la separación familiar ha sido provocada por una intervención administrativa en ausencia de desamparo. En tales casos, se alza como prevalente el derecho del niño a "recuperar su relación previa", frente a los criterios del "tiempo transcurrido en acogimiento" o la "adaptación a la familia de acogida" que pierden toda consistencia. En tal caso, la relevancia de dichos criterios determina el proceso más beneficioso para que el niño recupere su relación familiar de origen sin daño psicológico. Ejemplos de ello son el Auto 224/2001 de la sección 10ª de la AP de Valencia de 8 de noviembre, el Auto 4/2005 de la sección 6ª de la AP de Sevilla de 19 de enero, y las sentencias del TSJ de Cataluña 27/2012 de 7 de mayo y 14/2015 de 12 de marzo. En todos estos casos se determina jurídicamente que, el paso del tiempo y la adaptación a una familia de acogida, requieren de un proceso paulatino y no brusco para el retorno al entorno de origen, dejando la elaboración de este proceso a los equipos psicosociales. El mismo pronunciamiento se observa en el proceso descrito en la sentencia del TC 11/2008 de 21 de enero en que se sustituye la imposibilidad de retorno de los hijos por una indemnización sustitutoria que como afirma Gómez, en ningún caso, puede sustituir ni compensar en modo alguno el daño moral causado (Gómez, 2000: 1).

Contrasta con todas las anteriores sentencias la del TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2010, sala de lo contencioso-administrativo, que indemniza a unos padres por la ruptura de la relación parental con su hijo declarado en desamparo, declarando responsable a la administración pública que asumió la tutela del niño. Dicha sentencia, si bien admite que hubo desamparo, reprocha a la administración que no tuvo en cuenta los esfuerzos de los padres por recuperar la relación con el niño. Sin embargo, se observa que los padres se dieron por vencidos cuando se constituyó el acogimiento preadoptivo de su hijo, constando que la reclamación de responsabilidad patrimonial a la administración se produjo dos años y medio antes (20 de enero de 2005) que la adopción del niño (10 de septiembre de 2007) por lo que resulta obvio que los padres habían renunciado a la paternidad sobre su hijo con anterioridad a la adopción. Este hecho no se considera de relevancia en la sentencia y supone el verdadero error de la misma, además de que, en todo caso, la responsabilidad patrimonial sería de la administración de justicia pues era quien tenía la última palabra respecto del futuro del niño. Afortunadamente, esta

sentencia fue revocada por la sentencia del TS, sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de noviembre de 2012.

Haber mantenido una sentencia como la dictada por el TSJ de Cataluña el 30 de abril de 2010, hubiese sido muy peligroso pues hubiese dado pie, por un lado, a la compra-venta de niños a familias de escasos recursos, a base de ofrecerles cuantiosas sumas de dinero de las arcas públicas por el desamparo de sus hijos y, por otro lado, a mantener para los niños situaciones convivenciales alcanzadas fraudulentamente, sin el más mínimo intento de recuperación de sus derechos fundamentales, a base de comprar la renuncia de sus padres a un proceso judicial.

Otra sentencia totalmente desatinada es la del TS 728/2001 de 9 de julio en que, acreditada y verificada por varias sentencias una adopción ilegal, se reprocha a la madre no haber solicitado la nulidad o extinción de la misma, alegando además que los padres adoptivos debían formar parte del proceso. De este modo, el Tribunal se inhibe de estudiar el interés superior de la niña que, víctima de una adopción ilegal reconocida, es “condenada” a permanecer bajo ese estado o, en el mejor de los casos, a sufrir el retraso en el reconocimiento de sus derechos, propio de la sustanciación de un nuevo proceso judicial por el que su madre pudiera suscitar la nulidad de la adopción. Además, lejos de beneficiar a los declarados padres adoptivos, se les hace cómplices de una situación gravemente distorsionadora del orden público, pues si se les había requerido para realizar una prueba biológica a su presunta hija, no cabe duda de que debían ser conocedores del litigio que mantenía la madre biológica. Por último, por supuesto, afecta al conjunto de la sociedad que debe soportar el peso de ver cómo el “robo de niños” desde las instituciones es un hecho reconocido, admitido y mantenido en el tiempo sin reconocimiento de retroacción ni restitución de los derechos fundamentales vulnerados, tanto para la madre como para la hija.

Una situación emergente es aquella en que los litigantes son acogedores que ven como sus relaciones familiares de acogimiento quedan truncadas cuando la entidad pública decide, ante la imposibilidad de que el niño retorne a su familia de origen, establecer otro acogimiento para el niño, ya sea residencial (Santamaría, 2015b) o familiar (Santamaría, 2014b).

Si bien son llamativos los escasos casos en que los altos tribunales han fallado a favor de las familias biológicas o que han reconocido los errores administrativos, son ingentes los casos de inadmisiones y los fallos a favor de las administraciones públicas. Todo ello sin mencionar los casos que terminan el proceso en los tribunales de primera o segunda instancia que, casi sin excepción, otorgan plena credibilidad a las decisiones administrativas en cuestión de protección a la infancia, sin apenas escuchar los argumentos de los particulares. Algunas de estas resoluciones judiciales ponen gravemente en peligro la institución familiar.

4. CONCLUSIONES Y TRABAJO FUTURO

En España son abundantes las intervenciones administrativas que declaran el desamparo de niños de familias desfavorecidas, a la vez que se constata que se les ofrece escasa ayuda económica y psicosocial para resolver sus problemas. Además de ello, cuando un niño ha sido tutelado por la administración pública resulta sumamente difícil que retorne a su entorno familiar de origen, bien porque los padres carecen de capacidad litigante, bien porque las autoridades públicas no revisan las situaciones de los niños con diligencia, bien porque la situación se estabiliza fuera de la familia de origen por el transcurso del tiempo. En no pocos casos, la única revisión judicial que se realiza es la del establecimiento de la adopción del niño.

Por todo ello, se llega a la conclusión de que la revisión judicial de un desamparo debería ser obligatoria y realizarse de forma inmediata, además de que las causas de desamparo deberían estar tipificadas, para evitar al máximo la arbitrariedad de las decisiones administrativas.

Para ampliar la rigurosidad del estudio realizado se examinarán en el futuro las dificultades procesales a las que se enfrentan los padres que desean oponerse judicialmente a la declaración de desamparo de su hijo, empezando por la dificultad de obtener un buen abogado.

Además, se pretende realizar un estudio cuantitativo de las oposiciones a las declaraciones de desamparo en el ámbito judicial, poniendo de manifiesto el fallo de las mismas, los motivos de desamparo que se alegan y las pruebas que conducen a él, así como el respeto a los plazos legales establecidos.

Cabe concluir que la LOMSPIA, recientemente aprobada, lejos de paliar los problemas que ha supuesto la LOPJM del año 1996 para muchas familias españolas, puede incidir en un mayor intervencionismo estatal sobre las familias. Tanto es así, que el Grupo Parlamentario Socialista mantiene sus reticencias porque aprecia que la ley podría conllevar un notable incremento del gasto público. Ha de entenderse que ese incremento que se sospecha provendrá de mantener a gran cantidad de niños bajo la tutela del Estado, con consentimiento legal, como si estuviésemos bajo el influjo de una sociedad enferma, lo cual supone una degradación moral de mucha mayor preocupación que el gasto público que representa.

Bibliografía

- Ainsworth, M. D., (1963). Efectos de la privación materna: estudio de los Hallazgos y Controversia sobre los Métodos de Investigación. En Ainsworth, Andry, Harlow, Lebovici, Mead, Prough, y Wootton. *Privación de los Cuidados Maternos. Revisión de sus consecuencias*. Ginebra: O.M.S. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de: http://whqlibdoc.who.int/php/WHO_PHP_14_%28part2%29_spa.pdf

- Allueva Aznar, L. (2011). Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores, *InDret* 4/2011, 1-25. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de: http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf
- Barudy, J. (2007). Familiaridad y competencias: el desafío de ser padres. En Barudy, J., Dantagnan, M. *Los buenos tratos a la infancia*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A.
- Bowlby, John, (1982). *Los cuidados maternos y la salud mental*. 4ª edición. Buenos Aires: editorial Humanitas, Serie de Monografías de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de: iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/1160/41545.pdf?
- Bueno Bueno, A. (1997). El maltrato psicológico/emocional como expresión de violencia hacia la infancia. *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, (5), 83-96. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de: rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5913/1/ALT_05_06.pdf
<http://dx.doi.org/10.14198/ALTERN1997.5.6>
- Carrasco Perera, Á. (2010). Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan. Recuperado el 25 de julio de 2015, de: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/807/tribuna/padres-sin-hijos-y-ciudadanos-que-lo-pagan>.
- Curbelo, Emiliano A., Rodríguez García, V., Suárez, P. (2011). Una mirada a la observancia de los derechos humanos de la infancia y adolescencia desde la cooperación internacional: la protección de los menores de edad en un mundo globalizado. *Revista Humanismo y Trabajo Social*, 10, 161-178. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de: www4.unileon.es/trabajo_social/resumen.asp?identif=8392
- Fernández Rodríguez, M. (2013). Los grupos de riesgo. Propuestas psicoeducativas, *Revista de Clases historia. Publicación digital de Historia y Ciencias Sociales*, Artículo Nº 368, 1-14. Recuperado el 20 de octubre de 2016, de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5173437.pdf>.
- González Pillado, E. (2008). Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007. *InDret*, 2/2008, 1-40. Recuperado el 20 de octubre de 2016, de: www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124250/172223
- Gómez Pomar, F. (2000). Daño moral. *InDret* 1/2000, 1-14. Recuperado el 20 de octubre de 2016, de: www.indret.com/pdf/006_es.pdf
- Mahler, Margaret, et al. (1979) El nacimiento psicológico del infante humano. *Revista de psicología*, 7.

TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RIESGO Y DESAMPARO

- Moreno-Torres Sánchez, J. (2005). *El desamparo de menores*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Santamaría Pérez, M. L (2014a) Aspectos psicosociales relacionados con la protección de menores. Caso práctico. *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters Aranzadi, (63).
- Santamaría Pérez, M. L. (2014b).La situación familiar de los niños de acogida. En Jiménez Hernández, A. S. et al. (Coord.). *Actas del Congreso Internacional Infancia en Contextos de Riesgo*. Huelva.
- Santamaría Pérez, M. L. (2015a).La nueva ley de protección a la infancia: el acogimiento familiar ante el garantismo institucional. *Revista Quaderns de Polítiques Familiars*, (3), 20-29. Recuperado el 20 de octubre de 2016, de: http://www.uic.es/sites/default/files/quaderns_de_politiques_familiars_n_3.pdf
- Santamaría Pérez, María Luisa, (2015b). El derecho del niño a vivir en familia. En Cavallotti, Rita; León, C. (Eds.). *Proceedings of the II Internacional Conference on Family and Society*)pp. 229-244). Barcelona: IESF y UIC.

Resoluciones citadas

AAP Sevilla 4/2005, sección 6ª, de 19 de enero
AAP de Valencia 224/2001, sección 10ª, de 8 de noviembre
SAP Albacete 139/2011, sección 1ª, de 30 de septiembre
SAP Almería 57/2004, sección 3ª, de 10 de marzo,
SAP Almería 169/2010, sección 2ª, de 18 de octubre
SAP Almería 69/2011, sección 2ª, de 5 de mayo
SAP Ávila 38/2013 de 6 de marzo
SAP Barcelona 357/2013, sección 18ª, de 4 de junio
SAP Barcelona 625/2014, sección 12ª, de 16 de octubre
SAP Burgos 222/2013, sección 2ª, de 2 de septiembre
SAP Cádiz 181/2004 y 183/2004, sección 1ª, de 22 de diciembre
SAP Castellón 74/2006, sección 2ª, de 27 de abril
SAP Castellón 97/2013, sección 2ª, de 31 de julio
SAP Castellón 91/2014, sección 2ª, de 27 de junio
SAP Córdoba 244/2013, sección 2ª, de 5 de noviembre
SAP Huelva 195/2014, sección 2ª, de 18 de septiembre
SAP Les Illes Balears 187/2005, sección 5ª, de 4 de mayo
SAP Navarra, sección 2ª, de 10 de febrero, confirmada por ATS de 4 de junio de 2013
SAP Ourense 281/2008, sección 1ª, de 10 de julio
SAP Pontevedra, 393/2011, sección 1ª, de 14 de julio
SAP Pontevedra 167/2015, sección 1ª, de 30 de abril
SAP Salamanca 138/2015 de 19 de mayo
SAP Santa Cruz de Tenerife 69/2012, sección 1ª, de 8 de febrero

SANTAMARÍA-PÉREZ, M. L.

SAP Santa Cruz de Tenerife 449/2013, sección 1ª, de 10 de diciembre
SAP Valencia 324/2008, sección 10ª, de 22 de mayo
STC 41/1998 de 24 de febrero
STC 221/2002 de 25 de noviembre
STC 71/2004 de 19 de abril
STC 11/2008 de 21 de enero
STEDH de 24 de mayo de 2011 en el asunto Saleck Bardi contra España
STS 728/2001 de 9 de julio
STS 565/2009 de 31 de julio
STS 84/2011 de 21 de febrero
STS 800/2011 de 24 de noviembre,
STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de noviembre de 2012
STS 582/2014, de 27 de octubre
STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2010
STSJ de Cataluña 27/2012 de 7 de mayo
STSJ de Cataluña 14/2015 de 12 de marzo