



**EL DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA NATURAL COMO PRINCIPIO
RECTOR DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN. LA ACTIVIDAD PROTECTORA
DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Doctoranda: D^a. M^a Josefa de la Presentación BOCCIO SERRANO

Directora de Tesis: Prof^a. Dra. D^a. Inmaculada VIVAS TESÓN

Universidad de Sevilla, Curso 2014/2015

INDICE

	Pág.
Abreviaturas	7
<u>TEMA PRELIMINAR</u>	
<u>APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES</u>	8
I.- LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL MENOR	9
II.- LOS DERECHOS DEL MENOR: RESPETO, PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DE SU GOCE Y EJERCICIO	17
2.1.- Marco normativo internacional y regional	17
2.2.- Marco normativo nacional	25
2.2.1.- Un breve recorrido histórico	25
2.2.2.- La legislación española actual	35
2.2.3.- Un apunte de Derecho Comparado	37
III.- LA PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO CARDINAL EN MATERIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	43
IV.- LA ADMINISTRACIÓN COMO ENCARGADA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR	53
V.- EL MINISTERIO FISCAL COMO GARANTE SUPREMO DEL INTERÉS DEL MENOR	57
VI.- LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES Y LAS FÓRMULAS JURÍDICAS DE GUARDA EN CASO DE DESASISTENCIA MATERIAL O MORAL DEL MENOR	63
6.1.- La patria potestad	64
6.1.1.- El ejercicio de la patria potestad	66
6.1.2.- La pérdida de la patria potestad: suspensión, privación y extinción	70
6.2.- La tutela: en particular, la tutela de los menores en situación de desamparo	78
6.2.1.- La tutela administrativa del menor o incapacitado desamparado	79
6.2.2.- La tutela ordinaria y la situación fáctica de desamparo	85
6.3.- La guarda asistencial	98
<u>TEMA 1</u>	
<u>LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES</u>	104
I.- SIGNIFICADO Y CLASES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES	105
1.1.- La intervención pública	107
1.2.- Tipología de las medidas de protección	110
II.- ORGANOS ENCARGADOS DE DECRETAR LAS MEDIDAS PROTECTORAS	123
III.- LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y SITUACIÓN ACTUAL	127
3.1. El objetivo de la integración y el mantenimiento del menor en el entorno familiar	127
3.2.- Las medidas de apoyo familiar	132

3.3.- La incidencia de la crisis económica actual en las políticas de protección de la infancia	135
IV.- LA “KAFALA” COMO MEDIDA PROTECTORA DEL MENOR. SU RECONOCIMIENTO Y EFECTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL	146
4.1.- Introducción	146
4.2.- Aspectos generales del régimen jurídico de la “Kafala”	150
4.3.- La “Kafala” a la luz del Derecho español. “Kafala” y adopción	156

TEMA 2 **EL DESAMPARO**

I.- EL CONCEPTO DE DESAMPARO	172
1.1.- Un concepto reciente	173
1.2.- Un concepto indeterminado a determinar casuísticamente	175
1.3.- El desamparo y los delitos contra las relaciones familiares: una delimitación necesaria	186
1.4.- La definición de desamparo en la legislación autonómica	191
II.- EL DESAMPARO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL MENOR	199
2.1.- Presupuestos	199
2.2.- Líneas generales del procedimiento para la declaración de desamparo	201
2.3.- El cese de la situación de desamparo y el derecho del menor a su reinserción en la familia de origen	203
III.- EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO EN TERRITORIO ESPAÑOL	208
3.1. Introducción	208
3.2.- Problemática social	209
3.3.- El estatuto jurídico de los MENA	212
3.4.- La regulación del menor no acompañado en la LO 4/2000 y en su Reglamento de aplicación	222
3.5.- La repatriación del menor extranjero no acompañado. Concepto	230
3.5.1.- El procedimiento de repatriación	238
3.5.2.- La importancia del trámite de audiencia en el proceso de repatriación	246

TEMA 3 **EL PROCEDIMIENTO DE DESAMPARO. LA FASE ADMINISTRATIVA**

I.- LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO	253
1.1.- El procedimiento administrativo para declarar el desamparo: tramitación y garantías	254
1.2.- Naturaleza, requisitos y estructura de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor. En particular, la importancia de su motivación	267
1.3.- La notificación de la resolución de desamparo y las consecuencias jurídicas derivadas de su omisión	275

1.4.- La ejecución de la resolución administrativa de desamparo y su problemática. En especial, la resistencia a la entrada en el domicilio para hacer efectiva la medida de protección acordada	282
II.- EFECTOS INMEDIATOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO	293
III.- EL RÉGIMEN DE LAS RELACIONES PERSONALES TRAS LA DECLARACIÓN DEL DESAMPARO. EL RÉGIMEN DE VISITAS DEL MENOR BAJO LA TUTELA <i>EX LEGE</i> DE LA ADMNISTRACIÓN	300

TEMA 4

<u>OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO</u>	307
I.- LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO. DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE	308
II.- EL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO	319
2.1.- Introducción	319
2.2.- El procedimiento de oposición a la resolución de desamparo tras la reforma introducida por la Ley 54/2007, de 20 de diciembre, de Adopción Internacional	322
2.3. Estudio pormenorizado del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores	326
2.2.a) Objeto del proceso	326
2.2.b). Plazos de impugnación	328
2.2.c). Competencia objetiva y territorial	333
2.2.d). Legitimación procesal	336
2.2.e). Postulación procesal	339
2.2.f). Escritos de impugnación y demanda. Desarrollo del procedimiento	340
2.2.g). Régimen de recursos	349
III.- EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LOS OPOSITORES	365
3.1.- Procedimiento de oposición al desamparo y reinserción del menor en la familia natural	366
3.2.- Aplicación del art. 413 LEC en los procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores	375
IV.- LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA REINTEGRACIÓN DEL MENOR A SU FAMILIA DE ORIGEN	382
4.1.- La acción de revocación	385
4.2.- La revocación de oficio	391

TEMA 5:

<u>GUARDA ASISTENCIAL Y ACOGIMIENTO</u>	394
I.- LA GUARDA ASISTENCIAL O ADMINISTRATIVA	396
1.1.- Concepto, características y procedimiento para su constitución	396
1.2.- El cese de la guarda administrativa	407
II.- TRATAMIENTO DE LA GUARDA ASISTENCIAL EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS	409

III.- EL ACOGIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA GUARDA DEL MENOR. PRINCIPALES NOTAS CARACTERÍSTICAS	430
IV.- MODALIDADES DE ACOGIMIENTO	437
4.1.- El acogimiento familiar	438
4.1.1.- Concepto, carácter preferente y tipos	438
4.1.2.- Familia de acogida extensa y ajena	441
4.1.3.- El acogimiento familiar profesionalizado	442
4.2.- El acogimiento familiar preadoptivo	445
4.3.- El acogimiento residencial	449
4.3.1.- Su carácter subsidiario	449
4.3.2.- Los Centros de acogida. Características y funcionamiento	452
4.4. El acogimiento en hogar funcional	455
V.- LA IDONEIDAD DE LOS ACOGEDORES. SU IMPORTANCIA Y VALORACIÓN	458
5.1.- Criterios generales	463
5.2.- Criterios específicos	466
VI.- FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ACOGIMIENTO. LA OPOSICIÓN A LA MISMA	467
6.1.- La constitución administrativa	467
6.2.- La constitución judicial	469
6.2.1.- El expediente: incoación, consentimientos y audiencias	470
6.2.2.- La oposición al acogimiento	473
6.2.3.- Irrelevancia de la alegación de la necesidad del asentimiento de los padres o tutores como causa de oposición	476
6.2.4.- Los acogedores no son parte procesal	478
VII.- EL CESE DEL ACOGIMIENTO	485
VIII.- EL ACOGIMIENTO EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE MENORES	499
IX.- EL ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES	531
9.1.- Las personas mayores como objeto de protección por las Entidades públicas	532
9.2.- El acogimiento familiar de personas mayores como medida de protección	538

TEMA 6

LA ADOPCIÓN NACIONAL

I.- LA ADOPCIÓN. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	545
1.1.- Una aproximación al concepto y doble naturaleza de la figura	546
1.2.- Su caracterización como tipo de filiación	552
II.- REQUISITOS DEL ADOPTANTE. CAPACIDAD E IDONEIDAD	557
2.1.- Distinción entre capacidad e idoneidad	557
2.2.- La edad del adoptante como requisito de capacidad	561
2.3.- La idoneidad	566
2.3.1.- Concepto y problemática en torno a su valoración y declaración	566
2.3.2.- Idoneidad y homosexualidad	576
III.- CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN	583
3.1.- Requisitos constitutivos esenciales	583

3.1.1.- Propuesta previa de adopción	585
3.1.2.- El consentimiento	587
3.1.3.- El asentimiento	591
3.1.4.- La audiencia	594
3.2.- El procedimiento de adopción	596
3.2.1. Un procedimiento mixto	596
3.2.2.- Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en fase judicial.	599
3.2.1.a).- Ámbito de aplicación	601
3.2.1.b).- Regulación del procedimiento	602
3.2.1.b).I.- Legitimación	602
3.2.1.b).II.- Competencia	605
IV.- EFECTOS DE LA ADOPCIÓN	605
4.1.- La ruptura de los vínculos con la familia anterior	605
4.2.- Eficacia en relación con la familia adoptiva	607
4.3.- El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos	610
V.- IRREVOCABILIDAD Y EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN	618
5.1.- Su carácter irrevocable	618
5.2.- La viabilidad de la impugnación se subordina al interés superior del menor	619
5.3.- El procedimiento de revocación	623
5.4.- La nulidad de la adopción	628

TEMA 7

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

I.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN CALIDAD DE TUTORA <i>EX LEGE</i>	631
1.1.- El deber de velar por los hijos	632
1.2.- La delimitación de responsabilidades civiles	633
1.3.- La responsabilidad civil derivada de delito cometido por un menor tutelado	637
1.3.1.- La interpretación del art. 61 LORPM	639
1.3.2.- Dudas procesales acerca de la tramitación de la responsabilidad civil del menor infractor	649
II.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS POR SU ANORMAL FUNCIONAMIENTO	649
2.1.- La responsabilidad de la Administración pública en nuestro Ordenamiento	649
2.2.- El procedimiento de reclamación de responsabilidad	653
2.3.- La responsabilidad administrativa por daños a la familia biológica del menor. Daño moral, antijuridicidad y <i>quantum</i> indemnizatorio	658

NOTAS CONCLUYENTES

672

ANEXOS

I.- LEGISLATIVO	687
II.- JURISPRUDENCIAL	692
III.- BIBLIOGRÁFICO	697

Abreviaturas

A.	Auto
AAVV.	Autores Varios
AAP.	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP.	Audiencias Provinciales
AP.	Audiencia Provincial
apdo./apdos.	Apartado/s
art./arts.	artículo/s
C.c.	Código civil
Cap.	Capítulo
CCAA.	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CP.	Código Penal
DGRN.	Dirección General de los Registros y del Notariado
Disp. Ad.	Disposición Adicional
Disp. Fin.	Disposición Final
Disp. Trans.	Disposición Transitoria
E.M.	Exposición de Motivos
EX.	Reglamento de la Ley de Extranjería
FJ.	Fundamento Jurídico
JPI.	Juzgado de Primera Instancia
JM	Juzgado de lo Mercantil
JVM.	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LDOIA	Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña
LE.	Ley de Extranjería
LEC-1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881
LEC-2000	Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000
LEOMF	Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor
LORPM	Ley Orgánica de Protección jurídica del menor de 1996
LPPPD	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
LRC	Ley del Registro civil de 2011
MENA	Menores Extranjeros No Acompañados
NNUU.	Naciones Unidas
pág./págs.	Página/s
pfo.	Párrafo
R.	Resolución
RC.	Registro Civil
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
SAP./SSAP.	Sentencia/s de la/s Audiencia/s Provincial/es siguientes
ss.	Sentencia del Tribunal Constitucional
STC.	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STS./SSTS.	Tribunal Supremo
TS.	Tribunal Superior de Justicia
TSJ.	Véase
Vid.	

TEMA PRELIMINAR
APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

SUMARIO

- I.- LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL MENOR
- II.- LOS DERECHOS DEL MENOR: RESPETO, PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DE SU GOCE Y EJERCICIO
 - 2.1.- Marco normativo internacional y regional
 - 2.2.- Marco normativo nacional
 - 2.2.1.- Un breve recorrido histórico
 - 2.2.2.- La legislación española actual
 - 2.2.3.- Un apunte de Derecho Comparado
- III.- LA PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO CARDINAL EN MATERIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO
- IV.- LA ADMINISTRACIÓN COMO ENCARGADA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR
- V.- EL MINISTERIO FISCAL COMO GARANTE SUPREMO DEL INTERÉS DEL MENOR
- VI.- LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES Y LAS FÓRMULAS JURÍDICAS DE GUARDA EN CASO DE DESASISTENCIA MATERIAL O MORAL DEL MENOR
 - 6.1.- La patria potestad
 - 6.1.1.- El ejercicio de la patria potestad
 - 6.1.2.- La pérdida de la patria potestad: suspensión, privación y extinción
 - 6.2.- La tutela: en particular, la tutela de los menores en situación de desamparo
 - 6.2.1.- La tutela administrativa del menor o incapacitado desamparado
 - 6.2.2.- La tutela ordinaria y la situación fáctica de desamparo
 - 6.3.- La guarda asistencial

----- O -----

Nota introductoria: En el presente tema nos proponemos llevar a cabo, de forma preliminar, un acercamiento al sistema de protección de menores, imprescindible éste para el ulterior desarrollo de nuestro trabajo. Para ello hemos intentado resaltar el significado de dicho sistema, poniendo de manifiesto la razón de ser del mismo, realizando seguidamente un pequeño recorrido por el marco normativo internacional y regional, para después integrar la materia dentro del Derecho Español, realizando una breve mirada a algunos Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, todo ello con el objetivo de dar sentido al estudio de los contenidos que son abordados en los temas sucesivos.

I.- LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL MENOR

La implantación y progresiva consolidación del “*Estado del Bienestar*” que se produce en el mundo occidental tras la Segunda Guerra Mundial supone la posibilidad de destinar importantes recursos económicos y asistenciales a sectores de la población hasta entonces ajenos a las políticas de bienestar social; uno de ellos es el de la infancia.

Esta nueva realidad socioeconómica, a la que no es ajena tampoco la creciente disminución de la natalidad en estos países, tiene su reflejo en un incremento de la sensibilización hacia los problemas de la infancia, que se concreta, primero, en la formulación de los principios informadores respecto a cómo deben articularse las nuevas políticas de protección a la infancia y, posteriormente, en profundas reformas legislativas que afectan a todo el Derecho de menores. De este modo, el moderno sistema legal de protección de menores está informado por una serie de principios generales que no son meras declaraciones programáticas, sino que tienen una trascendencia práctica de primer orden para los operadores jurídicos, pues será su conculcación o no lo que determine, en muchos casos, el juicio de legalidad sobre la resolución administrativa o judicial correspondiente¹.

En la actualidad, nuestros Tribunales consideran que uno de los grandes principios rectores en el marco de las actuaciones de protección al menor, junto con el de supremacía del interés del mismo, es el principio de prioridad de la familia natural que aflora en el art. 172.4 del Código civil (en adelante C.c.)², apoyándose, para ello, tanto en el Derecho Internacional como en la propia Constitución Española (en adelante, CE), cuyo art. 39.4 señala que los niños gozan de la protección en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos³.

¹ UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales* (GONZÁLEZ POVEDA/GONZÁLEZ VICENTE, coords.), Sepin, Pozuelo de Alarcón, 2005, pág. 291.

² Art. 172.4 C.c.: “*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*”. Para SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Comentario al art. 172”, en *Comentario del Código civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 580, el principio de integración familiar “está en el art. 172.4 C.c., pero no es propiamente una norma jurídica, sino más bien una declaración de intenciones: ‘se procurará’”.

³ En este sentido, el AAP. Sevilla 1 de julio 1997 (AC 1997, 1532) se refiere al “...*principio de prioridad de la propia familia, sancionado en la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 3-12-1986, Art. 3 que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, principio este*”.

La CE de 1978 al enumerar, en el Capítulo III de su Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en primer lugar, a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia⁴ y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores⁵. El niño recibe la protección que le otorga el Texto constitucional en el art. 39⁶, dedicado

recogido indirectamente en el Art. 172 CC". En términos similares se expresan, entre otras resoluciones, el AAP. Navarra de 2 de marzo 1993 (AC 1992, 372), el AAP. Guipúzcoa de 24 de octubre de 1994 (AC 1994, 1849); el AAP. Sevilla 25 de marzo 1996 (AC 1996, 519), la SAP. Granada de 9 de febrero de 2002 (AC 2002, 625) y la SAP. Jaén de 10 de marzo de 2002 (AC 2002, 166).

⁴ Acerca de la familia y su evolución, *vid.* LUDENA BENÍTEZ, Óscar Daniel: "El Derecho de familia de la Unión Europea: Cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre estados miembros" en *Revista jurídica de Castilla y León*, 2014, núm. 32, págs. 6 y 7, para quien, en cuanto a los antecedentes históricos del concepto de familia, Engels, discípulo de Marx, teniendo en cuenta los estudios de Bachofen y Morgan, establece en la evolución de la familia las siguientes etapas: promiscuidad absoluta, matrimonio por grupos, emparejamiento por medio de raptos o compra y familia monógama actual, que estaría llamada a desaparecer, igual que la propiedad privada, dando lugar al comunismo y el amor libre.

Esta visión de la Historia ha caído por su propio peso, como ya se sabe, pero tuvo cierta influencia en su momento histórico y algunos han intentado escribir la Historia de este modo, con movimientos como el «hippy» de los años 60, con las comunas, por poner un ejemplo. La familia y los movimientos sociales son estudiados por la Sociología, pero tienen una indudable importancia en el Derecho, que ha de adaptarse a los distintos movimientos sociales y visiones de la sociedad en cada tiempo histórico y que, por ejemplo, determina que en las últimas décadas se esté hablando de parejas de hecho y matrimonio homosexual, cuando hasta hace poco tiempo no se regulaban dichas cuestiones en nuestras legislaciones. A lo largo de las páginas del presente trabajo veremos indicios de esta evolución hacia un nuevo concepto de familia y de sociedad, a la que el Derecho no puede ser ajeno. El ordenamiento jurídico ha de ir solucionando los conflictos que surgen mediante su instrumento principal: la norma jurídica.

El Código Civil alemán, el llamado BGB, parte de un concepto «estricto» de familia, fundándola sobre el matrimonio. El parentesco en sentido amplio se toma en cuenta en la regulación del Derecho hereditario y en la obligación de alimentos. Por otra parte, la recepción del Derecho Romano no se extendió al Derecho familiar personal. En cambio, en el Derecho familiar patrimonial sí se incluyó la materia de patrimonio de los hijos, dote y donaciones entre cónyuges.

En nuestro Derecho patrio, hemos recibido influencias tanto del Derecho Canónico como del Derecho Civil francés y alemán, dimanantes del Derecho Romano. Actualmente vivimos en tiempos de cambios, con regulaciones diversas en materia de Derecho de familia según las Comunidades Autónomas (Código de Familia de Cataluña, Ley Valenciana de Régimen Económico del matrimonio, Custodia Compartida...) así como en la legislación nacional, pues, desde 2005, es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, con idénticos efectos al matrimonio entre varón y mujer que ha sido el que históricamente se ha dado en nuestro país, como en la práctica totalidad de los del mundo que regulan dicha institución.

⁵ EM., punto 1º, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC.

⁶ Según se recoge en el 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 que legalmente proceda.

especialmente a la familia, en tanto se considera que la vida del menor se desarrolla, en primer lugar, en el ámbito familiar⁷.

La preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por nuestro país el 30 de noviembre de 1990, la cual marca una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que desempeña en la sociedad y de sus derechos, siguiendo la estela de la Declaración General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

Consecuente con el mandato constitucional y con la tendencia general apuntada se ha llevado a cabo, en los últimos años, un importante proceso de renovación de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de menores⁸.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del C.c. y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹ es la que, sin duda, ha introducido más cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor, sustituyendo el anticuado concepto de abandono por la institución del desamparo, dando lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la Entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo. Asimismo, introdujo la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar; la configuración del acogimiento familiar como una nueva institución de protección del menor; la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto

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

⁷ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: *Los menores en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 145. Para VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario: *Derecho de Familia* (ROCA, coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 401, estamos aunte una referencia directa a la protección de menores, típica de una Constitución social.

⁸ Vid. MORETÓN SANZ, Fernanda: “La adaptación de nuestro Derecho a la Convención”, en *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España* (RAVETLLAT/VILLAGRASA, coords.), Bosch, Barcelona, 2006, págs. 77 a 88.

⁹ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

administrativas como judiciales; y el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores, así como de sus correlativas obligaciones¹⁰.

Como antecedente de Derecho comparado de la Ley de 1987 que modifica nuestro sistema de protección viene señalándose¹¹ la Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983¹² del Parlamento Italiano sobre derecho del menor a tener una familia¹³, existiendo, incluso, coincidencias textuales en alguno de sus preceptos, como los arts. 1 a 5 y el art. 8¹⁴.

¹⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; EM. punto 1º, pfos. 2º, 4º, 7º, 8º, y 9º.

¹¹ En este sentido, VARGAS CABRERA, Bartolomé: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, en ADC, Tomo XLIV, Fasc. II, 1991, pág. 621.

¹² Publicada en el B.O. italiano del 17 de mayo de 1983, n. 133.

¹³ Título dado por el art. 1 de la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149.

¹⁴ Articolo 1: “1. Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia; 2. Le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto; 3. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia. Essi promuovono altresì iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e l'adozione e di sostegno all'attività delle comunità di tipo familiare, organizzano corsi di preparazione ed aggiornamento professionale degli operatori sociali nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività di cui al presente comma; 4. Quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore, si applicano gli istituti di cui alla presente legge; 5. Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento”.

Articolo 2: “1. Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno; 2. Ove non sia possibile l'affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare; 3. In caso di necessità e urgenza l'affidamento può essere disposto anche senza porre in essere gli interventi di cui all'articolo 1, commi 2 e 3; 4. Il ricovero in istituto deve essere superato entro il 31 dicembre 2006 mediante affidamento ad una famiglia e, ove ciò non sia possibile, mediante inserimento in comunità di tipo familiare caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia; 5. Le regioni, nell'ambito delle proprie competenze e sulla base di criteri stabiliti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definiscono gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza che devono essere forniti dalle comunità di tipo familiare e dagli istituti e verificano periodicamente il rispetto dei medesimi”.

Articolo 3: “1. I legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato, secondo le norme del capo I del titolo X

del libro primo del codice civile, fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore in tutti i casi nei quali l'esercizio della potestà dei genitori o della tutela sia impedito; 2. Nei casi previsti dal comma 1, entro trenta giorni dall'accoglienza del minore, i legali rappresentanti devono proporre istanza per la nomina del tutore. Gli stessi e coloro che prestano anche gratuitamente la propria attività a favore delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati non possono essere chiamati a tale incarico; 3. Nel caso in cui i genitori riprendano l'esercizio della potestà, le comunità di tipo familiare e gli istituti di assistenza pubblici o privati chiedono al giudice tutelare di fissare eventuali limiti o condizioni a tale esercizio”.

Articolo 4: “1. L'affidamento familiare è disposto dal servizio sociale locale, previo consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento. Il giudice tutelare del luogo ove si trova il minore rende esecutivo il provvedimento con decreto; 2. Ove manchi l'assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore, provvede il tribunale per i minorenni. Si applicano gli articoli 330 e seguenti del Codice civile; 3. Nel provvedimento di affidamento familiare devono essere indicate specificatamente le motivazioni di esso, nonché i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, e le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti il nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il minore. Deve altresì essere indicato il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento con l'obbligo di tenere costantemente informati il giudice tutelare o il tribunale per i minorenni, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2. Il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento, deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2, ogni evento di particolare rilevanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza; 4. Nel provvedimento di cui al comma 3, deve inoltre essere indicato il periodo di presumibile durata dell'affidamento che deve essere rapportabile al complesso di interventi volti al recupero della famiglia d'origine. Tale periodo non può superare la durata di ventiquattro mesi ed è prorogabile, dal tribunale per i minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore; 5. L'affidamento familiare cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutato l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia d'origine che lo ha determinato, ovvero nel caso in cui la prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore; 6. Il giudice tutelare, trascorso il periodo di durata previsto, ovvero intervenute le circostanze di cui al comma 5, sentiti il servizio sociale locale interessato ed il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento, richiede, se necessario, al competente tribunale per i minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore; 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso di minori inseriti presso una comunità di tipo familiare o un istituto di assistenza pubblico o privato”.

Articolo 5: “1. L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 316 del codice civile. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. L'affidatario deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato; 2. Il servizio sociale, nell'ambito delle proprie competenze, su disposizione del giudice ovvero secondo le necessità del caso, svolge opera di sostegno educativo e psicologico, agevola i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa del minore secondo le modalità più idonee, avvalendosi anche delle competenze professionali delle altre strutture del territorio e dell'opera delle associazioni familiari eventualmente indicate dagli affidatari; 3. Le norme di cui ai commi 1 e 2 si applicano, in quanto compatibili, nel caso di minori ospitati presso una comunità di tipo familiare o che si trovino presso un istituto di assistenza pubblico o privato; 4. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁵ (en adelante, LOPJM), tal como consta en el punto 2º de su Exposición de Motivos (en adelante, EM.), se pretende dar respuesta a las demandas sociales surgidas con posterioridad a la Ley 21/1987¹⁶, y con ella se aborda una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el C.c., en tanto que su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Ha de tenerse en cuenta que las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño y, como consecuencia de ello, se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Por este motivo, precisamente, en la actualidad, se trabaja en una reforma integral del sistema de protección tal como se refleja en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia (y de su Ley Orgánica complementaria), aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de abril de 2014¹⁷, el cual pretende, básicamente, adaptar los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia en España, tales como la situación de los menores extranjeros o la violencia contra los menores y la regulación de determinados derechos y deberes, además de realizar una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia, intentando lograr la unificación del marco normativo en todo el territorio nacional.

competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, intervengono con misure di sostegno e di aiuto economico in favore della famiglia affidataria”.

Articolo 8: “1. Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio; 2. La situazione di abbandono sussiste, sempre che ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche quando i minori si trovino presso istituti di assistenza pubblici o privati o comunità di tipo familiare ovvero siano in affidamento familiare; 3. Non sussiste causa di forza maggiore quando i soggetti di cui al comma 1 rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali e tale rifiuto viene ritenuto ingiustificato dal giudice; 4. Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall’inizio con l’assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell’articolo 10”.

¹⁵ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

¹⁶ Vid. ZURILLA CARIÑANA, Mª de los Ángeles: “De la Ley de 11 de noviembre de 1987 a la de 15 de enero de 1996: diez años de tutela *ex lege*, acogimiento y adopción en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 79-128.

¹⁷ <https://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Lproteccioninfancia.pdf>.

Del mismo modo que la protección general dispensada al menor ha constituido históricamente un campo ajeno a la actuación de los poderes públicos, la familia es una institución que también había venido quedando al margen de tal actuación, como ámbito con un contenido esencialmente ético de difícil sanción jurídica y amparado por la privacidad. Hoy, sin embargo, la familia constituye un elemento importantísimo de la estructura de la sociedad, y, por esa razón, debe ser ayudada tanto social, como económica y jurídicamente *ex art. 39.1 CE*.

En base a ello, la intervención de la Administración en el ámbito de la familia se inscribe en el contexto de la política social. En este sentido, hay que tener presente que, a partir de la ya citada Ley 21/1987, toda actividad de intervención por parte de la Entidad pública en la tutela, guarda y adopción de menores está plenamente sometida al Derecho Privado, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Al margen de los aspectos de organización y aplicación de medios personales y materiales que están regulados por normas jurídico-administrativas, desde que se inicia la actividad de investigación, valoración y tratamiento de los supuestos de desamparo, los comportamientos de la Entidad pública se encuadran en la órbita del Derecho de Familia. Es éste el motivo por el cual la Administración, en estos casos, no ostenta una posición de preeminencia como ocurre al tratar disciplinas plenamente encuadradas dentro del Derecho Administrativo. Además, las importantes facultades que indudablemente confiere la legislación a la Entidad pública deben reconducirse a este esquema y coordinarse con las potestades que el Derecho de Familia otorga a los restantes sujetos que integran la relación familiar, es decir, la familia biológica en su conjunto, cuyo respeto aseguran los propios preceptos constitucionales¹⁸.

La justificación de la intervención administrativa en la familia se ampara en la superación de la identificación entre familia y Derecho Civil como realidades en las que no era posible actuación pública alguna. No obstante, al tratarse de un ámbito en el que coinciden dos sistemas distintos, por un lado, el Derecho privado y, por otro, el Derecho

¹⁸ VARGAS CABRERA: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, cit., pág. 613. Para FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: “El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores”, en *Diario La Ley*, 2005, núm. 6313 [LA LEY 4315/2005], “en nuestro Ordenamiento jurídico, toda medida de protección de menores debe compatibilizarse con la vocación de integración en la familia biológica, ya que si esto no se hace se está atentando directamente contra el art. 39 CE”.

público, los cuales responden a principios opuestos, debe recalcar el carácter subsidiario de la actuación pública respecto de lo que son las responsabilidades que, en primer término, corresponden a quienes tienen a los menores a su cargo. Por tanto, sólo en el caso que éstos falten al cumplimiento de sus deberes respecto del menor, se aplicarán las medidas de protección legalmente previstas, puesto que dicha intervención en el ámbito y en las funciones puramente familiares se contempla como *ultima ratio*, en tanto que la generalidad de la actuación administrativa de ayuda a la familia biológica tiene como objetivo la integración y el mantenimiento del menor en ella, de ahí que el art. 12 LOPJM señale que “*los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al menor*”. Por ello, las medidas de protección del menor previstas en las legislaciones autonómicas dictadas en desarrollo de las competencias asumidas en materia de asistencia social y de protección de menores están, en todos los casos, presididas por el principio de protección a la familia y tienen por finalidad integrar al menor en su entorno familiar. En consecuencia, se recogen como principios rectores de la actuación administrativa tanto “*el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen (salvo que no sea conveniente para su interés)*”, como “*su integración familiar y social*” (art. 11.2 c) y d) LOPJM)¹⁹.

En ese sentido, el bienestar del menor es el único criterio claro a la hora de valorar la necesidad de injerencia de la Administración en la unidad familiar donde se encuentra integrado el menor, si bien, la dificultad estriba en conocer cuál es el interés superior del menor, máxime cuando éste es un concepto jurídico indeterminado y debe ser ponderado con otros intereses a tener en cuenta, a la sazón, los de los padres²⁰. Por ello, debe otorgarse prioridad a la acción preventiva y, a tal efecto, se han de fomentar aquellas actividades tanto públicas como privadas dirigidas a favorecer la integración familiar interviniendo, especialmente, con familias que presenten una posible situación de riesgo.

¹⁹ LÁZARO GONZÁLEZ: *Los menores en el Derecho Español*, cit., págs. 147 y 148.

²⁰ Al respecto, *vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: “La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2002, núm. 18, pág. 177.

Es, pues, el principio de intervención mínima el que ha de limitar las actuaciones administrativas a lo sucintamente necesario para el eficaz ejercicio de la función protectora, otorgando, en todo caso, prioridad a la actuación en el entorno familiar del menor, para evitar, siempre que sea posible, la separación del mismo de sus padres biológicos, y, para ello, han de desarrollarse programas de intervención familiar capaces de orientar a padres y madres, tutores o guardadores en el adecuado ejercicio de los mismos.

La Administración, en la aplicación de las medidas de protección, ha de actuar en todo momento con la máxima flexibilidad y siempre regida por el principio de proporcionalidad.

Por último, en el caso que la medida adoptada implicara la separación del menor de su ámbito familiar, la Entidad pública debe velar por arbitrar los medios necesarios que posibiliten la recuperación de la convivencia, bien con la familia de origen, bien con otros miembros de su misma familia biológica, en tanto ello sea posible²¹.

Sin duda alguna, la actual crisis económica y el consiguiente cambio del modelo de bienestar a causa de los diversos recortes realizados (precariedad doméstica, desahucios, insuficiencia de recursos materiales, etc.) ha acentuado la vulnerabilidad de los menores, encontrándonos ante un escenario indeseado y, en ocasiones, muy cruel.

II.- LOS DERECHOS DEL MENOR: RESPETO, PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DE SU GOCE Y EJERCICIO

2.1.- Marco normativo internacional y regional

Ante todo, debemos señalar que, si bien somos conscientes del volumen de normativas internacionales y regionales en materia de la infancia, por motivos de espacio sólo nos centraremos en aquéllas que, en nuestra modesta opinión, han tenido mayor impacto en la configuración actual de la protección del menor y, en especial, en el marco jurídico español.

²¹ ARCE FERNÁNDEZ, Irene: *El desamparo de menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2011, págs. 104 y 105.

Dicho esto, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, a nivel internacional, fue enunciada por primera vez en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924, donde se propugnaba que la “*Humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma*”, y se establecían una serie de derechos básicos atribuidos al menor y encaminados a la protección del mismo.

Posteriormente, se proclama la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, donde se parte de la idea de que el niño, debido a la falta de madurez mental y física, tiene necesidad de cuidados especiales y protección, incluyendo en ella la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento²², la cual también fue reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948²³, a fin de que los niños puedan tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en la Declaración se enuncian, e insta a toda la sociedad, desde los padres hasta las autoridades, pasando por el resto de ciudadanos, a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia mediante la adopción de las medidas que se consideren necesarias conforme a los diez principios que establece la Declaración²⁴.

²² Tercer Considerando del Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y Noveno de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

²³ Como señala OCÓN DOMINGO, José: “Normativa internacional de protección de la infancia”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, 2006, vol. 19, pág. 115, “aunque, en general, podemos decir que esta Declaración afecta a la infancia porque los niños son seres humanos, se constata una referencia expresa a los mismos en su artículo 25.2, donde se dispone que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

²⁴ Declaración de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959):

Principio 1: “*El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia;*

Principio 2: *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño;*

Principio 3: *El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad;*

Principio 4: “*El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados;*

Relevancia capital tendrán, asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵.

La Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, adopta y abre a la firma y ratificación la Convención sobre los Derechos del Niño. Tomando como precedente la Declaración de 1959, reconoce en su Preámbulo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y necesitados, por ello, de especial protección. Y teniendo en cuenta, por otro lado, lo importante que resulta la cooperación internacional a la hora de mejorar las condiciones de vida de esos menores, en particular, dentro del entorno de los países desarrollados, establece a lo largo de sus cincuenta y cuatro artículos, de forma minuciosa, los derechos que asisten al menor durante la etapa de su crecimiento que debe desarrollarse en el seno de la familia, dentro de un ambiente de felicidad, amor, y

Principio 5: *El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular;*

Principio 6: *El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole;*

Principio 7: *El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho;*

Principio 8: *El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro;*

Principio 9: *El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral;*

Principio 10: *El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”.*

²⁵ Así lo señala OCÓN DOMINGO: “Normativa internacional de protección de la infancia”, cit., pág. 115, para quien “estos Pactos influirán decisivamente en la posterior Convención de los Derechos del Niño de 1989”.

comprensión, a fin de que sea educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Tiene presente, en todo momento, la importancia de las tradiciones y valores culturales de cada pueblo para la protección y desarrollo del menor, para conseguir el pleno y armonioso perfeccionamiento de la personalidad del niño, y, a su vez, se encuentre preparado para desenvolverse de forma independiente en la sociedad²⁶. En definitiva, esta norma, abre una nueva ideología en relación con el menor, dotándolo de un protagonismo y relevancia social, que, hasta dicho momento, no tenía, considerándose dicha norma de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.

La Convención pretende dejar expuesto, con afán de exhaustividad, la lista de los derechos reconocidos al menor, que, a juicio de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ²⁷, por el momento, parece haberse llegado al límite máximo.

Importante es destacar la relevancia que alcanzan los tres Protocolos Facultativos que complementan la Convención, a saber: el protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil, el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

Con posterioridad, el estatus del menor dentro de la sociedad se ha visto reforzado por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución 61/106 adoptada por la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006, que fue ratificada (así como su Protocolo Facultativo) por España en 2008²⁸. En dicho texto se parte de que la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Reconoce que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, teniendo en cuenta las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la

²⁶ Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

²⁷ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: *La situación jurídica del menor en el marco de la Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 9 a 22: "...y como dice Alonso Pérez: se trata de un verdadero 'Código Universal' sobre el menor, que rebasa con creces los propósitos de cualquier Constitución sobre la materia y, por supuesto, de los códigos civiles".

²⁸ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en nuestro país, el día 3 de mayo.

Convención sobre los Derechos del Niño, haciéndose una mención especial a las niñas (y mujeres) con discapacidad, puesto que suelen estar expuestas a un riesgo mayor, tanto dentro como fuera del hogar²⁹. De este modo, se pretende reforzar, de manera enérgica, la protección de ese grupo de menores que, debido a su discapacidad y consiguiente especial vulnerabilidad, requiere una especial atención³⁰.

²⁹ MORETÓN SANZ, Fernanda: “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España”, en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* (VILLAGRASA/RAVETLLAT, coords.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 992 a 1016.

³⁰Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Los Estados Partes en la presente Convención,

(...)

r) Reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño,

Conviene en lo siguiente:

Art. 3: *Los principios de la presente Convención serán (...):*

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Art. 4: *3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.*

Art. 7: *1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas; 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño; 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.*

Art. 16: *5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.*

Art. 18: *2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.*

Art. 23: *1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: (...) c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás; 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del*

En el ámbito de la Unión Europea³¹, el Parlamento Europeo, a través de la Resolución A3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992³², al entender que serían necesarios elementos comunitarios específicos que, basándose en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, afrontaran los problemas concretos e inherentes a la integración europea de los menores. Finalmente, los derechos del niño han quedado consagrados en su Carta Europea de los Derechos Fundamentales³³, que tanto la Unión como sus veintiocho países miembros tienen obligación legal de aplicar.

Concretamente, su art. 24, que lleva por rúbrica “*Los derechos del niño*”,

niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.; 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y la de sus familias.; 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. 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; 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

Art. 24: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida.; 2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en la que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su educación afectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión; 3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes (...).

³¹ Para un estudio más detenido, *vid.* SERRANO MASIP, Mercedes: “Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores”, en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (HOYOS SANCHO, coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 159 a 180.

³² DOCE n° C241, de 21 de septiembre de 1992.

³³ DUE 18/12/2000, C364/3.

dispone en su punto 1º que “los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”; en su punto 2º establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”; y en su punto 3º que “todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

Según explica la propia Carta, los dos primeros puntos del art. 24 están basados en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que fue ratificada por todos los Estados miembros, y en particular, en sus arts. 3, 9, 12 y 13³⁴. En cuanto al apartado 3º,

³⁴Art. 3: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Art. 9: “1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

Art. 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

toma en consideración el hecho de que, como se parte de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas (para la cual el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere competencias) puede incluir, en particular, el derecho de visitas, que garantiza a los niños la posibilidad de mantener periódicamente contacto personal y directo con el progenitor no custodio.

Finalmente, hemos de citar la Directiva 89/552/CEE³⁵, que se incorporó al Ordenamiento español a través de los arts. 16 y 17 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en relación a la protección de los menores frente a la publicidad, la televenta y la programación³⁶.

Por otra parte, ya más recientemente, deben destacarse también dos Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el

Art. 13: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

³⁵ El 3 de octubre de 1989, el Consejo de Europa adoptó la Directiva 89/552/CE, sobre la Coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. (DO L núm 298, de 17 de octubre de 1989).

³⁶ Ley 25/1994, 12 de julio (BOE núm. 166, de 13 de julio de 1994): Capítulo V. De la protección de los menores.

Art. 16: “Protección de los menores frente a la publicidad. La publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores. A este efecto, deberá respetar los siguientes principios: a) No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su incredulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate; b) En ningún caso deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, profesores u otras personas; c) No podrá, sin ningún motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas”.

Art. 17: “Protección de los menores frente a la programación: 1. La emisiones de televisión no incluirá programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. 2. La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en todo caso, de aquellos que contengan escenas de pornografía o violencia gratuita sólo podrán realizarse entre las veintidós y las seis horas y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos”.

abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007³⁷ y el de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008³⁸.

Y, por último, hacemos referencia al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, el cual contiene relevantes disposiciones aplicables.

2.2.- Marco normativo nacional

2.2.1.- Un breve recorrido histórico

La preocupación por los menores faltos de asistencia y cuidado no es un fenómeno nuevo y reciente en nuestro país. Siempre han existido niños en situación de desamparo y faltos de asistencia e, indudablemente, este hecho, a través de la Historia, ha constituido un verdadero problema social en nuestro país. Sin embargo, las estructuras estatales anteriores al siglo XVIII no permitían dar cobertura a esta cuestión. Por ello, en España³⁹, la protección de la infancia siempre estuvo en manos de la caridad privada y eclesiástica, hasta que, en el siglo XIX, los poderes públicos comenzaron a dedicar cierta atención a esta materia.

Es en la primera mitad del siglo XIX, como consecuencia de la secularización de la sociedad y el proceso desamortizador, cuando se inició el camino que conduciría de la caridad privada a la beneficencia pública. La necesidad de reformar el sistema asistencial, que hasta entonces dependía de la Iglesia y los particulares, fue planteada por los liberales. Sin embargo, la inquietud de los liberales por la problemática social no

³⁷ Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 274, con fecha 12 de noviembre de 2010.

³⁸ Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 167, con fecha 13 de julio de 2011.

³⁹ En el breve recorrido por los antecedentes históricos seguimos la magnífica exposición que de los mismos realiza DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *Administraciones públicas y protección de la infancia* (Septiembre 2006), Id. vLex: VLEX-400135870, <http://vlex.com/vid/400135870>, resultado, asimismo, de enorme interés la evolución histórica de la protección de menores realizada por MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 19 a 23.

era del todo desinteresada; su principal interés era el patrimonio de las instituciones eclesiásticas, con el que deseaban hacer frente a la grave deuda pública. Así, con la desamortización y consiguiente secularización de los bienes de la Iglesia, la actividad asistencial que había sido financiada por ésta debió ser asumida por el Estado. Es decir, el Estado, en aquel momento, se encontró obligado a afrontar un problema que hasta entonces ignoraba puesto que se resolvía a través de la Iglesia, pero una vez que ésta no contaba con medios para hacerle frente y el Estado sí, corresponde ahora a las instituciones públicas el ejercicio de esa actividad protectora.

Por otra parte, a raíz de la crisis generalizada (que comenzó, en España, en la segunda mitad del siglo XVIII y que alcanzó su máxima intensidad a principios del XIX), se produjo un importante crecimiento de la demanda asistencial que puso de manifiesto las graves deficiencias de la caridad privada y eclesiástica. Las instituciones de caridad privada dedicadas a los menores (casas de misericordia, incluso, casas de expósitos, casas de maternidad) se vieron desbordadas. La falta de medios y la gran mortandad infantil hizo que aumentaran las críticas a estas instituciones, que ya venían siendo cuestionadas desde mediados del siglo XVIII.

Sin embargo, las reformas sociales previstas por los liberales no pudieron salir adelante como consecuencia de la restauración del absolutismo (1814-1820). No obstante, la cuestión del modelo asistencial volvió a ser planteada pocos años después con el retorno de los liberales, tras la muerte de Fernando VII, para restablecer la Ley de Beneficencia de 6 de febrero de 1822 mediante el Real Decreto de 8 de septiembre de 1836.

Las transformaciones políticas y la aprobación en 1845 de una Constitución moderada desembocaron en la promulgación de una nueva Ley de Beneficencia el 20 de junio de 1849⁴⁰. Y, a finales del siglo XIX y principios del XX, se dictan en España las

⁴⁰ Unos años después, dicha Ley fue desarrollada por el Reglamento de 14 de mayo de 1852. En esta legislación se contemplaba la beneficencia pública y la particular. Los establecimientos públicos de beneficencia se configuraban legalmente como la regla general y los privados tan solo como una excepción; pero lo cierto es que, en la realidad, la mayoría de establecimientos eran privados. Ahora bien, la referida legislación no brindaba una respuesta adecuada a los problemas que planteaba entonces la asistencia social. Por ello, fue objeto de duras críticas; en especial por un nuevo movimiento político-social denominado “filantropía”. El movimiento filantrópico proponía reorganizar la asistencia a la infancia mediante un programa basado en el refuerzo del espíritu familiar y, en especial, en el protagonismo de la mujer. La escritora Concepción Arenal, seguidora de este movimiento, afirmaba que

primeras Leyes dirigidas a brindar protección a la infancia.

La primera norma aprobada con la finalidad de velar por los menores fue la Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores. Esta Ley preveía la imposición de pena de prisión o multa a las personas que utilizaran a los niños en los espectáculos públicos para la realización de trabajos difíciles y peligrosos. La condena a los padres o tutores comportaba, además, la privación de la patria potestad o la tutela, de forma temporal o permanente.

Al momento de promulgación del Código Civil en 1889, de clara inspiración napoleónica, se dota a esta materia de una regulación que, aun distando mucho de la actual, ya vislumbra una preocupación del legislador por normativizar las relaciones paterno filiales.

En la redacción que estuvo inicialmente vigente, entre el 14 de agosto de 1889 y el 8 de junio de 1981, se estableció en el art. 154 C.c. que el padre, y, en su defecto, la madre, ostentaba la patria potestad de los hijos. De este modo, se excluía la posibilidad de compartir la patria potestad entre ambos progenitores, puesto que se atribuía de forma individual y excluyente al padre. Por otro lado, teniendo en cuenta el aperturismo liberal de la época, equipara en cuanto a derechos y deberes, a los hijos legítimos con los ilegítimos reconocidos y los adoptivos.

En cuanto a las obligaciones parentales, el art. 155 C.c., en su redacción original, vuelve a responsabilizar al padre (en su defecto, la madre del mismo modo que en el precepto precedente, lo cual es una constante en la redacción decimonónica del C.c.). Tales obligaciones establecidas, por aquel entonces, en el C.c. consistían en alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, representarlos y *“educarlos e instruirlos según su*

“la legislación vigente sobre Beneficencia ni ordena lo conveniente, ni garantiza el cumplimiento de lo que se ordena” y añade que “no señala recursos para proveer a los gastos que han de originarse en el caso de que se cumpla lo que se manda”. La autora consideraba necesario enlazar la caridad privada con la beneficencia pública y para ello proponía la elaboración de una ley. El movimiento filantrópico tuvo una gran influencia en el ámbito de la infancia. Sus propuestas se plasmaron en buena medida en las leyes de protección de menores e influyeron en la creación de unos Tribunales especiales. La familia fue la institución a partir de la cual se configuró la política pública de control de la infancia. La finalidad era garantizar que los niños fueran seres útiles al Estado. Para ello se previó el seguimiento constante de los menores y sus familias, a través de medidas de policía administrativa, y educativas. La protección de la infancia se realizará a través de un complejo entramado de control social. Para un recorrido por los antecedentes históricos más pormenorizado, *vid.* DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit., Id. vLex: VLEX-400135870. <http://vlex.com/vid/400135870>.

fortuna”. Destacamos esta última obligación, que actualmente ya no se considera en éstos términos, pues aun cuando se le puedan achacar a esta expresión connotaciones discriminatorias, sin embargo también cabe la lectura contraria, que llevaría a la conclusión de afirmar que esto supone reconocer la diversidad de cada núcleo familiar, y en función de ello se les exigían unas obligaciones proporcionales a su posición económica. Con lo cual, mayor fortuna, mayor nivel de exigencia a la hora de “educar e instruir” a sus hijos.

Recuérdese que este mismo precepto atribuía a los titulares de la patria potestad, la facultad de corregir a sus hijos y “*castigarlos moderadamente*”.

En relación con ello, el art. 156 C.c. de 1889, reconocía el derecho al titular de la patria potestad de instar a la “Autoridad Gubernativa”, auxilio en las tareas correctoras de sus hijos, y esta Autoridad, tenía obligación de prestar apoyo mediante la oportuna actuación que podía consistir en una intervención dentro del hogar familiar, mediante una detención, e, incluso, internando al menor objeto de la medida correctora en una institución encargada de reformarlo.

Por otro lado, el art. 171 C.c., en su versión originaria, también contemplaba la posibilidad de que los Tribunales pudieran privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de la misma, si trataban con dureza a sus hijos o los corrompían con su comportamiento.

En definitiva, se trató de circunscribir el ejercicio de las relaciones paternofiliales al ámbito privado, dejando al margen la intervención del Estado, el cual sólo actuaría como la institución encargada de llevar a cabo la actividad correctora del menor a instancia del titular de la patria potestad, cuando éste lo estime necesario. En el caso que lo padres maltraten de algún modo a sus hijos, serán los Tribunales los encargados de privar a los padres del ejercicio de la patria potestad.

Tras la publicación del Código civil, se promulgó la Ley de 13 de mayo de 1900, reguladora del trabajo de mujeres y niños.

Tres años después, el 23 de julio de 1903 se aprobó la Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de 16 años, norma que encomendaba por primera vez al Estado el ejercicio, a través de las Administraciones, de la acción protectora o tutelar de los niños abandonados y los privados de la asistencia de sus padres.

Sin embargo, con esta legislación no quedaba debidamente resuelto el problema de la infancia, en concreto, el del abandono y la explotación infantil. Por ello, se acomete la elaboración de un proyecto de ley de protección a la infancia, que fue presentado en las Cortes el 26 de enero de 1904. En el acto de presentación el Ministro afirmó, en referencia a la legislación entonces vigente sobre protección de menores (las leyes citadas de 1878, 1900 y 1903) que *“por lo concreto y limitado de los fines a que atienden, no realizan el verdadero ideal de una ley de protección a la infancia”*. El denominado ‘problema infantil’ reclamaba la atención urgente del Gobierno. Según se afirmaba en el propio discurso de presentación del proyecto, las estadísticas ponían de relieve la elevada mortalidad infantil y, por tanto, *“la merma que la Nación sufre en su riqueza y en sus energías con esa multitud de vidas que corta en flor la muerte”*. Además, se añadía: *“crece de día en día la muchedumbre de niños abandonados, y sus míseras existencias ofrecen triste ocasión a padres y guardadores indignos para explotaciones impías, que sustituyen las solicitudes de cariño con las exigencias de un trabajo industrial prematuro... La patria potestad se alza en ocasiones como barrera infranqueable para amparar la sevicia, la explotación, el abandono de los hijos por padres desnaturalizados, que, empujándolos a la mendicidad industrial, dejan en sus almas candorosas los gérmenes de la vagancia, de la corrupción y el delito”*.

El 12 de agosto de 1904 fue, finalmente, aprobada la Ley de protección a la infancia, posteriormente desarrollada por el Reglamento de 24 de enero de 1908. Esta Ley tenía por objeto brindar protección pública a los menores de diez años, protección que comprendía la salud física y moral del niño (art. 1). Para ello, se contemplaban un conjunto de entidades públicas a las que se encomendaba la acción protectora: un Consejo Superior de Protección a la Infancia, enmarcado en el Ministerio de Gobernación y presidido por el Ministro; las Juntas provinciales presididas por el gobernador de la provincia y las Juntas locales presididas por el alcalde (arts. 3 a 7). Por tanto, correspondía a las Administraciones públicas la actividad de protección de la infancia a través de técnicas de policía administrativa. Esta Ley de protección a la infancia de 12 de agosto de 1904 ya no trataba la cuestión de los menores delincuentes, lo cual lleva a concluir que, a comienzos del siglo XX, ya se advertía el estrecho límite que separaba la situación de abandono de los menores y la delincuencia infantil.

A nuestro entender, esta norma debe considerarse la auténtica precursora de la normativización del sistema de protección de menores en nuestro país, el cual encuadra dentro del Derecho administrativo, en tanto que crea y establece una serie de organismos públicos que han de ejercer y controlar la función protectora.

Más tarde, la Ley de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños, instituyó, en España, los primeros Tribunales para menores. Esta norma crea, por primera vez en nuestro país, una jurisdicción especial para los menores delincuentes⁴¹. Los menores quedaban, finalmente, excluidos del marco penal previsto para los adultos. Ahora bien, a los Tribunales para niños no se les encomendaría únicamente la facultad reformadora, sino que también se les atribuiría la facultad protectora. Así, se configuran con un doble carácter: por un lado, realizaban funciones de tipo jurisdiccional y, por otro, actuaban como órgano protector de la infancia.

De este modo, la competencia del Tribunal se extendía, conforme a lo dispuesto por el art. 3 de la Ley: por un lado, al conocimiento de los delitos y faltas cometidos por los menores de quince años (facultad reformadora); y, por otro, a la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación, cuando cometieran delitos o infracciones o tuvieran conductas que implicaran el ejercicio indebido de la patria potestad y la consiguiente desprotección del menor (facultad protectora).

En el art. 6 se habilitaba al Tribunal para *“acordar dejar al menor al cuidado de su familia o entregárselo a otra persona o a una Sociedad tutelar o ingresarlo por tiempo determinado en un Establecimiento benéfico de carácter particular o del Estado”*. Asimismo, este precepto contempla una nueva figura: la del Delegado de protección a la infancia, encargado *“de la constante vigilancia del menor y de la persona o sociedad a cuya custodia haya sido confiado”*. Por último, la Ley encomendaba promover la creación de Sociedades tutelares, a través del Consejo Superior y las Juntas provinciales y municipales previstas en la Ley de protección a la infancia.

⁴¹ Para MARTÍN OSTOS, José: “Los futuros juzgados de menores”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1986, núm. 4, pág. 230, el año 1918 representa en España un hito importante al comenzar a establecerse en nuestra patria unos órganos jurisdiccionales específicos para menores en línea con lo realizado por otros países.

La Ley de 1918 sería reformada por la Ley de 15 de julio de 1925 y, posteriormente, por la Ley de 3 de febrero de 1929, que mantiene la naturaleza administrativa del Tribunal para niños, tratando de delimitar, con mayor claridad, las facultades reformadora y protectora que le son encomendadas.

Así, en el art. 9 se atribuye a los Tribunales tutelares competencia para:

En el apartado primero, conocer de las acciones u omisiones cometidas por los menores de dieciséis años tipificadas en el Código penal o en leyes penales especiales; las infracciones administrativas cometidas por menores de la misma edad; y los supuestos de menores de dieciséis años dedicados a la prostitución o a vagabundear. En estos casos, se atribuye al Tribunal una facultad reformadora que, según establece la Ley, no tiene carácter represivo sino educativo y tutelar.

Y en cuanto al apartado tercero, decretar la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor: a) en los casos previstos en el Código Civil por malos tratos u órdenes, consejos o ejemplos corruptores de los menores de dieciséis años; b) en los casos previstos en normas penales como consecuencia de delitos o faltas cometidos por dichos padres o tutores en perjuicio de los menores. En este ámbito, se atribuye al Tribunal una facultad protectora cuyo carácter es esencialmente preventivo.

La ley regulaba las “instituciones auxiliares”.

En el art. 24 se encomendaba a las Juntas provinciales y municipales de protección a la infancia la creación de sociedades y establecimientos tutelares⁴².

Los menores que el Tribunal, en ejercicio de la facultad reformadora, confiaba a otras personas, familias, sociedades tutelares o establecimientos, debían ser sustentados y educados mediante el abono de estancias sufragadas por sus padres, satisfechas a

⁴² Según DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit., en <http://vlex.com/vid/400135870>, una de las primeras instituciones dedicada a la protección de menores fue el “Padre de Huérfanos”, creada en Valencia en 1337 por Pedro IV de Aragón y II de Valencia. Esta institución se extendió a diversas ciudades de Aragón, Navarra y Castilla y subsistió hasta el siglo XVIII. El Padre de Huérfanos ejercía dos tipos de funciones: de *carácter asistencial* —recoger a los huérfanos y abandonados y procurarles oficio— y de *carácter represivo* —conocer y juzgar las situaciones de vagabundeo e incluso delictivas. Desde la doctrina se ha apuntado que esta figura pudiera ser el origen del posterior modelo de los Tribunales Tutelares de Menores. Vid. CANTARERO, Rocío: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y Derecho procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 42 a 48 y MARTÍN OSTOS, José: *Jurisdicción de menores*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 15.

cargo de los bienes del menor, o con las pensiones del Estado y Corporaciones y con los demás recursos propios del Tribunal.

En cambio, los menores confiados por el Tribunal a dichas personas o instituciones en el ejercicio de la facultad protectora debían ser sustentados y educados a cuenta del Municipio en que hubieran nacido y, a falta de medios de dicho Municipio, por la Provincia a la que el mismo perteneciera (art. 25); sin embargo, en el caso de que los padres del menor o el propio menor tuvieran recursos suficientes, los gastos de sustento y educación debían ser abonados a la correspondiente Corporación.

Los Ayuntamientos o Diputaciones que se hacían cargo de un menor podían prestar el servicio mediante establecimientos propios o concertándolo con entidades protectoras autorizadas o familias honradas elegidas por la Junta de Protección a la Infancia. Los menores quedaban bajo la vigilancia de la Junta de Protección y no podían ser devueltos a sus padres u otra persona sin la autorización del Tribunal tutelar (art. 26). Es decir, se trataba de una guarda administrativa.

Por otra parte, la Ley de 1929 facultaba a los padres o representantes legales de los menores que desearan corregir a estos, en virtud de su “derecho” de patria potestad o tutela, a solicitar el auxilio de la Autoridad correspondiente para internar el menor en un Establecimiento de corrección paterna. En estos casos, el Tribunal debía limitarse a examinar los motivos en que se fundaba la corrección acordada por padres o tutores; eso sí, la Ley advertía que debía oírse al menor. Por tanto, cuando el padre o tutor demandaba una medida de corrección se investigaba a la propia familia. De forma que el derecho de corrección podía volverse contra quien lo ejercía y conducir a la suspensión de la patria potestad o tutela.

Del examen de la referida legislación resulta que la intervención y control administrativo no sólo recaía sobre los menores indisciplinados, sino también, y de modo muy especial, sobre las familias que los abandonaban o maltrataban.

Con posterioridad, se promulga el Fuero de los Españoles de 1945, que, en su art. 22, había configurado la familia como la célula básica de la sociedad al disponer que *“el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana y positiva”*, estableciendo, a continuación, en el art. 23, las obligaciones paternas respecto

a los hijos y las consecuencias del incumplimiento: *“los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y custodia de los menores a quien por Ley corresponda”*.

A diferencia del modelo actual, si bien se contempla la capacidad del Estado para disponer de la patria potestad en los casos en que los padres no cumplan con sus obligaciones, introduce en el texto los dos términos de “suspensión” o “privación”, con lo cual ya se pretende establecer una diferencia entre ambos, y, por otro lado, no prevé la transferencia de la tutela al Estado, sino que hace alusión a la transferencia de la guarda y custodia *“a quien por Ley corresponda”*.

Durante estos años, La ley de Tribunales tutelares de menores fue objeto de sucesivas reformas hasta que fue dictado el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido y su Reglamento en la misma fecha, normas que siguen los pasos de la legislación de 1929. Esta legislación ha estado vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, posteriormente derogada por la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Hasta dicho momento, los principios orgánicos y procesales consagrados en el texto constitucional de 1948 chocaban abiertamente con la letra del Texto Refundido de 1948⁴³.

La Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 continuaba sin incardinar el referido órgano en el Poder Judicial, el cual seguía manteniendo naturaleza administrativa. Al respecto, la Ley atribuía a la Administración pública amplias facultades para establecer la composición y organización de los Tribunales, a través del Consejo Superior de Protección de Menores.

La Ley de 1948, en la misma línea que la de 1929, atribuía a los Tribunales Tutelares competencias que incidían en diversos ámbitos jurídicos. La Ley, siguiendo los pasos de la legislación precedente, regulaba conjuntamente la facultad reformadora y la protectora, aunque tratando de dar un paso adelante en la delimitación de una y otra. En definitiva, el denominador común a lo largo del recorrido histórico, como puede

⁴³ MARTÍN OSTOS: “Los futuros juzgados de menores”, cit., pág. 240.

comprobarse, consistía en esa paridad que constituye el tribunal especializado en la actividad protectora-reformadora.

Así, la facultad protectora permitía acordar la vigilancia o suspensión de los derechos de guarda y educación de padres o tutores en el supuesto de inadecuado ejercicio de la patria potestad o la tutela. En el caso de suspensión del derecho de guarda y educación, el propio Tribunal debía asumir la acción tutelar y encomendar la custodia del menor a otras personas o entidades: el acogimiento del menor por la Junta de Protección de Menores, sociedad tutelar, establecimiento, persona o familia (arts. 9, 13, 17 y 18).

Por tanto, desde la perspectiva protectora, los Tribunales Tutelares de Menores, que estuvieron en vigor en nuestro país en el siglo XX, desde la década de los cuarenta y hasta que se impuso el actual sistema en los años ochenta, tenían atribuida una facultad protectora inmediata y otra mediata. La facultad protectora inmediata era ejercida sobre el propio niño, con la finalidad de protegerlo. La facultad protectora mediata se ejercía sobre los responsables del menor que actuaban en su perjuicio, ya fueran padres, guardadores o tutores. Así, cuando los responsables del menor ejercían sus “derechos” de guarda y educación de forma indigna o inadecuada creando una situación de vulnerabilidad al menor (que hoy la Ley califica de “riesgo” o “desamparo”), el ejercicio por los Tribunales de la facultad protectora suponía la limitación de los derechos de los responsables del niño: la vigilancia o suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor. La suspensión del derecho de guarda y educación a los padres o tutores comportaba que la acción tutelar sobre los menores pasaba a recaer, exclusivamente, sobre los Tribunales tutelares (art. 13), en la actualidad, en cambio, sobre la Administración. Por otra parte, la medida de suspensión de los derechos de guarda y educación de los responsables del menor comportaba que los Tribunales, en ejercicio de la acción tutelar, acordaran su acogimiento por una persona, familia, sociedad tutelar o establecimiento (art. 17)⁴⁴.

A la vista de ello, podemos concluir diciendo que, en líneas generales, el sistema de protección que se instaura en España desde la promulgación de la Ley de 1904, que

⁴⁴ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit., <http://vlex.com/vid/400135870>.

después se desarrolla con las sucesivas normas promulgadas durante la Dictadura en materia de protección de menores y que queda derogado con la Ley 21/87 que introduce el actual modelo, no difería en casi nada a la actual. Sin embargo, la adopción de la medida de protección se reservaba a la autoridad judicial, al residenciarse dicha potestad en el Tribunal Tutelar de Menores, en vez de atribuirle esa competencia a la Administración, lo que, a nuestro entender, resultaba mucho más acorde con la finalidad de la acción tendente a proteger al menor, dada la importancia de las medidas a adoptar⁴⁵, aunque, por otro lado, no podemos olvidar que estos tribunales también tenían un carácter marcadamente administrativo y que, a su vez, debían apoyarse en órganos administrativos, imprescindibles para cumplir el objetivo que la Ley les encomendaba.

2.2.2.- La legislación española actual

Ya en la actualidad, dentro del diseño constitucional español, la protección integral y asistencia a los menores cobra un especial significado al establecerse, en el art. 39.3 CE, la necesidad de asistencia de todo orden a los hijos, obligación que se atribuye, en primer lugar, a los padres, y, de forma subsidiaria, a los poderes públicos, y, en su apartado cuarto, propugnar que los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos. Los poderes públicos deben garantizar que dicha asistencia será efectiva en aquellos casos en los que los padres incumplan, en algún modo, sus obligaciones legales con los menores, y en el caso que éstos no tengan debidamente garantizado el respeto a sus derechos.

Siendo la familia la primera y directa responsable de la educación y formación del menor, sin embargo, las Entidades Públicas competentes deben actuar de forma subsidiaria siempre que los padres y los tutores no cumplan adecuadamente sus

⁴⁵ Compartimos la opinión de ROGEL VIDE, Carlos: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 694, en relación al actual sistema de protección que se recoge el art. 172.1 C.c., donde cita a RUIZ-RICO (AC 1988, págs. 59 a 60), quien considera que con la reforma del C.c. que dio lugar al actual sistema de protección de menores, se instauró "... un sistema en donde retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial, en favor de una relativa omnipresencia de los entes administrativos, con los peligros que ello suele conllevar, y, de hecho aquí conlleva".

obligaciones legales para con sus hijos. En definitiva, se instaura un sistema mixto⁴⁶, en tanto que el correcto desarrollo del menor, la atención de todas sus necesidades, y su protección, se confían, en primer término, a la familia natural, pero dicha responsabilidad es compartida con los poderes públicos al atribuirles la CE la obligación de asegurar la protección integral de los hijos.

Con el fin de adecuar lo dispuesto por el C.c. decimonónico a los principios constitucionales, dicho Texto legal sería modificado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del C.c. en materia de tutela, así como por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican el C.c. y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (y, posteriormente, por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

La LOPJM, junto a las previsiones del C.c. en esta materia, constituye, actualmente, el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Esta Ley ha sido el referente de las legislaciones que las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) han ido posteriormente aprobando, de acuerdo con sus competencias en esta materia. Sin embargo, transcurridos dieciocho años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado art. 39 CE y de las normas de carácter internacional.

Así, se constata en diversas propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines⁴⁷.

⁴⁶ *Memento Práctico Francis Lefebvre. Civil 2009. Familia y Sucesiones*, Ediciones Francis Lefebvre. 2008, pág. 213.

⁴⁷ En este plano político social surge el “II PLAN ESTRATÉGICO NACIONAL DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA 2013 -2016 (II PENIA)”, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (en concreto, por la Dirección General de servicios sociales para la familia y la igualdad, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad) y aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013. Dicho II PENIA), el cual constituye un marco de cooperación de todas las Administraciones Públicas, tanto la Administración General del Estado, como de la Autonómica y la Local, además de otros agentes sociales implicados en los derechos de la infancia, tales como la

De acuerdo con ello, en estos momentos, como ya apuntamos con anterioridad, se está tramitando una nueva Ley de protección a la infancia, cuyo anteproyecto se ha hecho público el 28 de abril de 2014, que tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española protectora de la infancia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, esta proyectada reforma incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás⁴⁸.

2.2.3.- Un apunte de Derecho Comparado

Fuera de nuestras fronteras, la protección de la infancia fue abordada antes que en nuestro país.

Plataforma de Organizaciones de Infancia (POI). Su aprobación supone una apuesta estratégica y de legislatura de situar a la infancia como prioridad de la agenda política. En este II PENIA se definen de forma consensuada las grandes líneas estratégicas de desarrollo de las políticas de infancia con el objetivo final de dar un efectivo cumplimiento a la CDN teniendo en cuenta los derechos, pero también los deberes y responsabilidades de los menores de edad. Si el niño se consideró en un tiempo que no era sujeto de derechos, y posteriormente, sólo se subrayó su carácter de titular derechos, hoy debe resaltarse que, de acuerdo con su edad y con su desarrollo evolutivo, es también y progresivamente “sujeto de responsabilidades” en los diversos ámbitos en los que vive, fundamentalmente en la familia, la escuela, o el barrio.

⁴⁸ La proyectada reforma consta de cinco artículos y ocho disposiciones finales, además de una disposición adicional y tres disposiciones transitorias. En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el segundo las que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; en el cuarto las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en el artículo quinto las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, vigente conforme lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera las relativas al Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en la disposición final segunda las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la disposición final tercera, las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en la disposición final cuarta la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la disposición final quinta la que afectan a la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, y, finalmente, en la disposición final sexta las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de protección a las familias numerosas. Las dos últimas disposiciones finales se refieren al título competencial y a la entrada en vigor.

Ante todo, ha de señalarse que la protección a la familia aparece regulada, al igual que en nuestro art. 39 CE, en las Constituciones europeas de nuestra órbita jurídica, entre otras, por orden cronológico: art. 29 de la Constitución italiana de 1948; art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y los párrafos 9º y 10º del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

En el Derecho francés, la protección de los menores, al igual que en el sistema español, se basa en dos modelos de protección básicos: el familiar y el institucional (que, a su vez, es administrativo y judicial), este último subsidiario del anterior, de modo que no podrá ponerse en marcha si el menor se encuentra suficientemente protegido por su entorno familiar, llevándose a cabo a través del ejercicio de la autoridad parental o equivalente a la patria potestad.

Dicha protección familiar es natural, está basada en el respeto y confianza que los padres han suscitado tradicionalmente, si bien, se ve puesta en tela de juicio en supuestos de menores víctimas de malos tratos, abusos, menores que padecen en silencio las enfermedades, sufren las adicciones de quienes están a cargo de sus cuidados, o bien soportan una delegación excesiva a favor de otros parientes o allegados. En definitiva, son menores que soportan situaciones marcadas por la dejación de las obligaciones de padres incapaces de llevar a cabo las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Por lo que respecta a la protección administrativa llamada “L'aide social à l'enfance” o “L'A.S.E”, se articula a través de la adopción de medidas preventivas, educativas y de apoyo a las familias y a los menores. Estas medidas son de distinta naturaleza y se erigen como un auténtico servicio social de acceso universal.

En cuanto a la protección judicial, se puede afirmar, sin duda, que es aquella que mejor contribuye a una adecuada articulación de cuantas garantías sean necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de menores, padres y parientes más próximos. Asimismo, se establece un sistema de control y vigilancia judicial respecto al seguimiento de los menores, que se considera insustituible⁴⁹.

⁴⁹ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: “¿Hacia la «contractualización» de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés? El contrato de responsabilidad parental”, en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 10 [LA LEY 16185/2008].

A diferencia del modelo español, el Derecho francés no ha previsto la desjudicialización de la protección del menor desamparado a través de la figura de la tutela automática de la Administración, tal y como señala CASAS PLANES⁵⁰. Por el contrario, el sistema pivota, sucintamente, en torno a tres figuras de protección que han de ser instruidas o investigadas y decididas: bien por el juez de menores (*mesures d'assistance éducative*); bien por el juez de Familia o Magistrado de Asuntos Familiares del Tribunal de Gran Instancia (*délégation de l'autorité parentale* a un tercero o a Asuntos Sociales, tanto por voluntad de los padres como impuesta a éstos por un tercero; y *la retraite de l'autorité parentale* en vía civil); o bien por un juez penal -Cour d'assises o el Tribunal correccional- competente para juzgar el delito (*retraite de l'autorité parentale* en vía penal).

No obstante, a juicio de CASAS PLANES, es plausible destacar que, dado que dicho sistema se ha reformado por la Ley de 5 de marzo de 2007 (teniendo como principal finalidad fortalecer el aspecto preventivo del desamparo o desprotección del menor), el legislador francés ha legitimado a los Servicios Sociales, sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, a adoptar ciertas medidas de protección del menor afectando a la guarda o a la autoridad parental.

Respecto a las medidas de asistencia educativa (*mesures d'assistance éducative*) hay que precisar que, según el art. 375 del Código Civil francés, éstas son aplicables cuando el menor está en peligro (su salud, seguridad o moralidad), así como cuando las condiciones de su educación o de su desarrollo psíquico, físico, social o intelectual están gravemente comprometidas (expresión que corresponde a lo que el legislador español califica de desasistencia material y/o moral). El precepto no recoge, según su tenor literal, una lista de situaciones de las que derive automáticamente la situación de peligro del menor (siendo comunes, entre otras, hacer sufrir moralmente al menor; abusos sexuales; negligencias graves en los cuidados más elementales del menor; maltrato psicológico); debiendo ser el juez, en consecuencia, quien analice cada situación en particular.

⁵⁰ CASAS PLANES, M^a. Dolores: “El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, portant réforme de la protection de l'enfance. Propuestas de cambio)”, en *RCDI*, 2014, núm. 744, pág. 1799.

Ahora bien, según la citada autora, respecto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la situación de peligro del menor, como novedad de la reforma apuntada y sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, el legislador francés ha provisto al Presidente del Consejo General de los Servicios Sociales (L'ASE) de un papel principal en orden a centralizar las informaciones relativas a los menores en peligro, y le legitima, tras una evaluación de la situación, no sólo a poner en práctica medidas materiales de ayuda a la familia para la prevención de la situación (ayuda material, educativa y psicológica tanto al menor como a la familia), sino a adoptar en urgencia “*acciones de protección*” que afectan a la autoridad parental en favor del menor (art. 221-1 *Code Action Social Familiale* –CASF-). Por ejemplo, L'ASE puede formalizar una “*medida de acogimiento de urgencia*” cuando el menor esté en peligro (cuando haya abandonado el domicilio familiar) y no sea posible obtener el acuerdo de los padres, siendo el menor acogido provisionalmente por l'ASE (máximo 72 horas), debiendo informar inmediatamente a los padres y al Ministerio Fiscal. Incluso, los Servicios Sociales pueden decidir, a título preventivo, una “*medida de acogimiento durante toda o parte de la jornada*”, siempre que sea cerca de su domicilio, como ayuda educativa y como acompañamiento al ejercicio de la autoridad parental (CASF, art. L. 222-4-2).

No obstante, la regla general es que el juez de menores es competente para adoptar las medidas de asistencia educativa, tras un proceso de instrucción, en orden a constatar la situación de peligro del menor, cuyo dossier es transmitido al Ministerio Fiscal para la emisión de su opinión, y tras el llamamiento de las partes a la audiencia del juicio, si bien, el juez puede decidir no adoptar dichas medidas, ya sea por estimar que no hay peligro para el menor, ya sea porque, existiendo el mismo, dichas medidas no asegurarían suficientemente los intereses del menor, o porque los padres no están dispuestos a colaborar.

A mayor abundamiento, la duración de las medidas de asistencia educativas no pueden exceder de dos años (aunque pueden ser prorrogables), teniendo obligación los intervinientes de rendir cuenta anual al juez sobre la situación del menor; pudiendo ser en todo momento modificadas o anuladas por el juez, de oficio, o a solicitud de los padres, del menor, y del Ministerio Fiscal, como reflejo de la necesidad de que las

decisiones se adapten en todo momento a los cambios incesantes del contexto en el que evoluciona el menor, sin ser estas medidas, en sí mismas, un recurso (art. 375-6 *Code civil*)⁵¹.

Como puede comprobarse, aunque presenta diferencias notables en relación con el sistema español, tampoco puede decirse que sea diametralmente opuesto.

El sistema italiano se mueve dentro de los mismos parámetros. La Constitución Italiana de 1947, en sus arts. 30⁵² y 31⁵³, también estructura un sistema mixto.

Por un lado, los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar y aplicar una política de la infancia que asegure la protección integral de los menores. Para ello, las Administraciones públicas deberán asegurar a los menores el disfrute de sus derechos y arbitrar la asistencia y protección necesarias, tanto en los aspectos personales como sociales, en el ámbito de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo y el ocio.

Por otro lado, el Ordenamiento italiano encomienda a los padres, claramente, la obligación de prestar en el seno de la familia determinadas funciones asistenciales en interés de los menores. En caso de incapacidad de los padres, la Constitución Italiana establece la labor subsidiaria de los poderes públicos, que deben asumir los deberes que a aquéllos corresponden, y, a su vez, declara que la República protege a la infancia y a la juventud⁵⁴.

El caso alemán también es similar. La Constitución de Alemania, promulgada en el año 1949 y recientemente modificada, dedica a la familia su art. 6⁵⁵. Su apartado 1º

⁵¹ CASAS PLANES: *Op. cit.*, págs. 1800 y 1801.

⁵² Art. 30: “*E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio; Nei casi di incapacita' dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti; La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima; La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternita'*”.

⁵³ Art. 31: “*La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose; Protegge la maternita', l'infanzia e la gioventu', favorendo gli istituti necessari a tale scopo*”.

⁵⁴ DURÁN RUÍZ, Francisco Javier: *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Universidad de Granada, Granada 2008, págs. 36 a 38.

⁵⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478) geändert worden ist:

Artikel 6:

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.
(2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen

dispone que la familia se encuentra bajo la protección del orden estatal. En el siguiente apartado establece que el cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe a ellos prioritariamente y la comunidad estatal ha de velar por el cumplimiento de ello, en base a lo cual, establece el apartado 3º del citado precepto que cuando las personas autorizadas para la educación de los hijos no cumplan con su deber, o en el caso que por cualquier otro motivo, los hijos corran peligro de ser abandonados, podrán ser separados de sus familias y en contra de la voluntad de éstas, en virtud de la Ley. Tal vez, lo que puede resultar más llamativo es que se reconoce expresamente en el apartado 4º de este artículo el derecho a la protección y asistencia de la madre por parte de la comunidad, lo que, a nuestro entender, resulta importante en tanto que revierte, a su vez, en la protección al hijo por lo que ello implica.

En definitiva, podemos afirmar que el sistema de protección de menores tiene una estructura similar en toda Europa. Prueba de ello es la doctrina jurisprudencial que ha ido elaborando el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH), partiendo del contenido del art. 8 del Convenio de Roma⁵⁶, que reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar. En principio, cabe reconocer que uno de los atentados más frontales que contra este artículo se puede imaginar es la disgregación del menor de su propia familia, como consecuencia de la asunción por parte de las autoridades competentes en cada caso, de la custodia de un menor, cuya integridad física o emocional se considera en peligro. Es ésta la razón de que tales situaciones en sí mismas consideradas (o cuestiones ligadas a ellas) hayan sido

obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

(3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

(4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

(5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

⁵⁶ Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta 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”.

denunciadas en numerosas ocasiones ante los órganos del Convenio, brindándosele, así, al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la oportunidad de verter importantes declaraciones sobre los distintos aspectos, tanto sustantivos como procesales, implicados en el discurrir de los acontecimientos desde que el poder público decide intervenir en la vida de un menor⁵⁷, lo que nos demuestra que, en los países de la Unión Europea, la protección del menor se atribuye inicialmente a la familia, pero cuando ésta no la ofrece, la Administración se ve obligada a cubrir estas deficiencias asumiendo la custodia del menor y alejándolo, de esa forma, de su núcleo biológico.

De lo que no cabe duda es que la legislación europea actual atribuye al menor derechos y protección especiales encaminados a que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad. Por ello, al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental que debe atenderse es el interés superior del niño⁵⁸.

Al establecer la Convención ONU, en su art. 3.2, el compromiso de los Estados partes de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, les obliga a tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, encaminadas a la consecución de dicho objetivo. Es éste, precisamente, el modelo que se ha seguido en nuestro país por la LOPJM, la cual, recoge en su EM., que la Convención “*marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo*”.

III.- LA PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO CARDINAL EN MATERIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El interés superior del menor se nos presenta como una de las bases sobre las que se sustenta el sistema de protección de la infancia, por lo tanto, debe operar en todos

⁵⁷ SALANOVA VILLANUEVA, Marta: “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Aranzadi civil*, 2003, núm. 1, pág. 1947.

⁵⁸ Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, Principio 2.

los casos donde se halle involucrado un menor y el Derecho ha de desarrollar todos los mecanismos para garantizar dicho interés de forma efectiva⁵⁹.

Como hemos podido comprobar, se trata de un principio básico que inspira los textos normativos nacionales e internacionales sobre la materia de menores, pero, además, también la praxis y la filosofía de actuación de todas las instituciones involucradas en dicho ámbito.

Ahora bien, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, por ello la dificultad radica en determinar cuáles son las notas definidoras del mismo⁶⁰.

El art. 172.4º C.c. establece que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la familia biológica y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona. Según el art. 2 de la LOPJM, en la aplicación de dicha Ley primará el interés superior del menor sobre cualquier otro. Pero la dificultad estriba en la concreción del interés superior del menor. Y es que, en la práctica, en casos de desatención por parte de los padres biológicos, los niños deben ser protegidos y es la Administración la encargada de tomar las medidas oportunas siempre que estén justificadas. El problema radica en que se pueden producir cambios tanto en el menor, como en las familias que los acogen, así como en la propia familia biológica al superar la situación que dio lugar a la desatención del menor, en cuyo caso, la vuelta con la familia supone, inicialmente, un desajuste para el menor que ya se encuentra adaptado a una realidad⁶¹.

⁵⁹ Vid. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 84 a 183 y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: “El interés superior del menor”, en *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho* (RAVETLLAT BALLESTÉ, coord.), Bosch, Barcelona, 2011, págs. 25 a 50.

⁶⁰ DURÁN RUÍZ: *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, cit., pág. 93, al abordar el concepto de interés del menor cita a pie de página a DAGNINO a través de RIVERO HERNÁNDEZ en los siguientes términos: “al estudiar qué deba entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podrá hacerlo satisfactoriamente, habida cuenta de que globalmente considerado es la síntesis lógica de una amplia gama de componentes objetivos y subjetivos, variables según las más diversas modalidades y circunstancias, y de ahí relativo, entendida como realidad que necesita de concreción con relación a las circunstancias contextuales en las que aparece”. Y en el pie de la página 97 cita a VAN BUEREN, para quien “detrás del interés del menor se esconden a veces ideas, concepciones, intereses muy variados, sutiles unos, egoístas otros”.

⁶¹ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: “Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica”, en *RCDI*, 2010, núm. 717, págs. 298 y 299.

La jurisprudencia⁶² se encarga de ilustrar el principio de la primacía del interés del menor dentro del marco de las relaciones paterno-filiales⁶³.

Así, resulta muy interesante, entre otras razones, por la cantidad de jurisprudencia del TEDH que cita, la STC de 22 de diciembre de 2008⁶⁴, en la que se recoge que *“el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”*. Así las cosas, constituye doctrina consolidada de este Tribunal, con fundamento en las normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, que, en materia de relaciones paterno-filiales, el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable⁶⁵.

⁶² La jurisprudencia es extraordinariamente abundante en esta materia. A modo de ejemplo, citaremos los siguientes pronunciamientos judiciales: SAP. de Cantabria de 21 de marzo de 2009 (JUR 2009, 281553); SAP. de Tarragona de 27 de enero de 2012 (JUR 2012, 142204); STSJ. de Cataluña de 16 de abril de 2012 (RJ 2012, 11110); STS. de 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3390); Auto del Juzgado de 1ª Instancia Nº 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013 (AC 2013, 726), en este caso se llega a suspender un lanzamiento en un procedimiento de desahucio debido a que en el inmueble objeto del procedimiento, habitaba un menor.

⁶³ Al respecto, *vid.* los recientes trabajos de GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014 y RODA y RODA, Dionisio: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

⁶⁴ STC. 176/2008, de 22 diciembre (RTC 2008, 176).

⁶⁵ SSTC. 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141), F. 5; 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124), F. 4; 144/2003, de 14 de julio (RTC 2003, 144), F. 2; 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71), F. 8; 11/2008, de 21 de enero (RTC 2008, 11), F. 7.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988 [TEDH 1988, 2], caso Olsson; 28 de noviembre de 1988 [TEDH 1988, 24], caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992 [TEDH 1992, 4], caso Andersson; de 23 de junio de 1993 [TEDH

En nuestro Ordenamiento jurídico, la proclamación de la primacía del interés del menor como principio rector de las reformas producidas por la Ley 21/1987 y la LOPJM, en opinión de IGLESIAS REDONDO⁶⁶, no puede significar la consagración de ningún “*favor minoris*” entendido éste como condición de gracia hacia un sujeto diferente y débil, y por ello, merecedor de una genérica protección concedida desde lo alto. El propio texto constitucional desecha su vigencia, al no existir a lo largo del mismo ninguna distinción entre los derechos de los menores y los adultos, al gozar ambos de la condición de ciudadanos. Por ello, está claro que los menores, para ver realizados sus derechos, no necesitan ningún “*favor*”, sino el simple cumplimiento por parte de los poderes públicos de los mandatos constitucionales, consistentes en promover las condiciones de libertad e igualdad para los ciudadanos, y de eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

El art. 10 CE proclama que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” y que “*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 consiguiente, y según IGLESIAS REDONDO, el concepto de “*interés del menor*”, radica en “*la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, así como del menor número de inconvenientes que al menor le reporta una situación determinada respecto a otra, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal, y siempre en proyectado hacia el futuro*”.

Y desde esta perspectiva puede afirmarse, siguiendo a IGLESIAS REDONDO, que ni la Ley 21/1987 ni la LOPJM administrativizan el ámbito de la protección del menor, y, por supuesto, tampoco civilizan una materia que nunca ha sido propia del Derecho administrativo, pues ya estaba dentro del ámbito civil. Solamente pretenden ser

1993, 27], caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994 [TEDH 1994, 35], caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995 [TEDH 1995, 9], caso McMichael; de 9 de junio de 1998 [TEDH 1998, 27], caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999 [TEDH 1999, 57], caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999, 72], caso X contra Portugal).

⁶⁶ IGLESIAS REDONDO, Juan Ignacio: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 62 a 66.

el cierre del sistema institucional clásico de protección del menor conocido por nuestro C.c., en virtud de la realización de los derechos constitucionales de los que el menor ostenta su titularidad, en su condición de ciudadano. Tal pretensión legislativa exige, según este autor, situar en un primer plano las situaciones jurídicas subjetivas personales de los menores y, por tanto, subordinar las situaciones puramente patrimoniales a las existenciales, produciéndose, lo que podría llamarse una cierta despatrimonialización del concepto de protección del menor, tradicionalmente entendido en términos prevalentemente patrimoniales.

Con la promulgación de la LOPJM, se pretendió crear un marco jurídico, partiendo de la idea central del menor, como afirma el apartado 2º de su EM., en el que se desarrolla el sistema de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

Como se afirma en la EM., las recientes transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño.

Este enfoque, que surge fruto de estas transformaciones, reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

El desarrollo legislativo postconstitucional ha introducido la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto “*ser escuchado si tuviere suficiente juicio*” se ha ido trasladando a todo el Ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

La LOPJM pretende que las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo se interpreten de forma restrictiva (es decir, expuesto desde nuestra óptica, se pretende dotar al menor de un amplio margen de actuación, de tal forma que sin ignorar la evolución permanente que supone la etapa de la infancia, esta minoría de edad no resulte un límite al ejercicio de sus derechos, sino que teniendo ello en cuenta, se adecue el ejercicio de los mismos a las distintas etapas y situaciones que, hasta alcanzar la

mayoría de edad, vaya superando el menor. En definitiva, se trata de favorecer el máximo ejercicio de todos los derechos que puedan asistir a una persona aun considerando la minoría de edad). Más aún, tales limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El Ordenamiento jurídico, y, en particular, la LOPJM, van reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad 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 las de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera, los menores van construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad y, por lo tanto, es el reto para todos los Ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Ésta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la LOPJM: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.

En este sentido, resulta interesante la STS. de 5 febrero de 2013⁶⁷, en un caso de contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional, en la que afirma que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada⁶⁸.

Este caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la

⁶⁷ RJ 2013, 928.

⁶⁸ Acerca del derecho al libre desarrollo de la personalidad, *vid.*, entre otras, SSTS. de 19 de abril de 1991 (RJ 1991, 2725), de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581) y 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 4526).

posible nulidad de lo que podemos denominar como "*práctica de contratación de menores de edad*", en concreto, de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional de fútbol, en el "Fútbol Club Barcelona", mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo propiamente dicho. Es preciso señalar que todo ello fue firmado por el padre del menor. En síntesis, en el iter procesal, la parte actora, "Fútbol Club Barcelona", ejercitó demanda en reclamación de la suma de 3.489.000 € en concepto de la cláusula penal pactada en el precontrato de fecha 22 de abril de 2002, al haberse integrado en la plantilla del "Real Club Deportivo Espanyol", incumpliendo los compromisos pactados en dicho precontrato. Además, el "Fútbol Club Barcelona", también se reservaba los derechos de imagen en el futuro, para cuando el menor llegara a ser una *estrella del fútbol*.

El JPI estimó parcialmente la demanda, condenando a la parte demandada abonar a la actora la suma de 30.000 € en concepto de indemnización por extinción anticipada del precontrato, y de 500.000 € en concepto de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el mismo. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por ambas partes litigantes, desestimando la AP el interpuesto por la parte demandada y estimando parcialmente el recurso de apelación formalizado por "Fútbol Club Barcelona", revocando parcialmente la Sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar a la demandante la suma de 3.489.000 € en concepto de indemnización por aplicación de la cláusula penal contenida en el precontrato de 22 de abril de 2002, considerándose que el precontrato citado no era nulo por cuanto la actuación de los padres del demandado se enmarcaba dentro del ámbito de la patria potestad.

La parte demandada-apelante interpone recurso de casación. En el motivo primero se alega la infracción de los arts. 162.3 y 1255 C.c., en relación con los arts. 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta la parte recurrente que el precontrato de trabajo suscrito entre las partes constituye un bien excluido de la administración de los padres al tratarse de un contrato de trabajo de un menor de dieciséis años, lo que está expresamente prohibido por el Estatuto de los Trabajadores, y si, por el contrario, se

considera que la suscripción de un contrato de trabajo no está incluida en tal prohibición, el propio Estatuto de los Trabajadores establece la posibilidad de contratar la prestación de un trabajo pero respecto de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, requisitos que en el presente caso no concurren, al contar el demandado al momento de la firma del citado contrato con 13 años y vivir en el domicilio paterno, lo que determina la nulidad del precontrato firmado en su día con la parte actora. En el motivo segundo se alega la infracción de los arts. 166 y 1259 C.c., argumentando la parte recurrente que los padres del demandado, al suscribir un precontrato con una cláusula penal indemnizatoria tan desmesurada, han gravado los bienes de su hijo de por vida, lo que, en todo caso, se realizó sin la previa autorización del Juez y sin audiencia del Ministerio Fiscal, lo que determina la nulidad del precontrato de trabajo objeto del presente procedimiento. Por último, en el motivo cuarto, se alega la infracción del art. 1154 C.c., argumentándose que, para el supuesto de que se considerara válida la suscripción del precontrato y su cláusula penal, se modere esta última en términos razonables, entendiendo como tales los 30.000 € que el demandado y ahora recurrente ya abonó al actor.

Como señala el Alto Tribunal, en el FJ. 3º de su Sentencia, *“no puede desconocerse la peculiaridad que encierra el objeto de esta práctica de contratación dirigida a los menores de edad que comporta, sin ningún género de dudas, una especial protección y garantía de sus derechos por nuestro Ordenamiento Jurídico. En efecto, el interés superior del menor no sólo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, art. 1255 C.c., como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta*

que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión”.

Conforme a ello, el TS. considera que en este ámbito no cabe la representación del menor, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros, lo que se traduce en que ningún adulto puede firmar un contrato que tenga por objeto el cumplimiento de obligaciones por parte de ese menor de tal forma que éste se vea obligado con un tercero y ese tercero, a su vez, adquiera derechos frente al mismo, como ocurre en el caso que unos padres contratan con un club de fútbol, para que el hijo menor ejerza como futbolista. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional. Esta proyección de su incidencia en el núcleo de los derechos fundamentales encuentra, a su vez, un progresivo desarrollo complementario ya en torno a otros específicos derechos fundamentales contemplados por nuestra Constitución, caso del derecho de asociación (art. 22 CE), bien por la vía de los *"Derechos y Deberes de los ciudadanos"*, caso del art. 35.1 CE, en relación a la libre elección de profesión y oficio y la promoción a través del trabajo y, en su caso, por el cauce de los denominados *"Principios Rectores de la Política Social y Económica"*, supuesto del art. 39.2 y 4 CE, en relación a la protección integral de los hijos y a la extensión de su tutela prevista en los Acuerdos Internacionales.

Precisamente en esta línea, continúa afirmando el TS. en el FJ. 2º de su Sentencia, de los Acuerdos Internacionales, como referentes en la interpretación de los derechos que recoge nuestra Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico⁶⁹, cabe señalar la tendencia por mejorar la protección del menor junto a un mayor protagonismo de actuación por él mismo que claramente informa la redacción tanto de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 noviembre 1990, como la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92.

⁶⁹ STC. de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008, 176).

Como afirma el TS., la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, heredera de este marco internacional, profundiza en la tendencia hacia el desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, junto con la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (art. 2); sin perjuicio del reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), o del reconocimiento expreso de los derechos de asociación y a ser oído (arts. 7 y 9, respectivamente).

Por último, es preciso señalar que, en materia de protección de menores, la discrecionalidad del juez es absoluta. Al respecto, como recuerda el TC.⁷⁰, partiendo de la base de que el art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, las medidas relativas al menor deben adoptarse siempre considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

En este sentido, considera el TC. que la *“discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, destacada ya por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto legislativo actual. Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (F. 2)”*⁷¹ reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos”.

Como ya ha tenido ocasión de señalar dicho Tribunal en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia

⁷⁰ STC. de 17 de octubre de 2012 (RTC 2012, 18).

⁷¹ RTC 1984, 120.

de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello⁷². El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.

IV.- LA ADMINISTRACIÓN COMO ENCARGADA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR

El art. 39.2 CE establece como principio rector de la política social y económica que *“los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos”*. Esta configuración constitucional general de la protección de menores (*“hijos”*) tiene como corolario el art. 53.2 CE, cuyo reconocimiento y respeto informará *“la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”*.

A continuación, el art. 39 CE manifiesta que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos, durante su minoría de edad”* y en los demás casos en que legalmente proceda, lo que significa que uno de los contenidos de la patria potestad (la guarda) se eleva al deber de rango constitucional, e incluso, se independiza de la propia institución (patria potestad), quedando indisolublemente unida a la condición de progenitor, ya sea titular, o no, de la patria potestad.

El art. 148.1.20^a CE señala que las CCAA podrán asumir competencias en

⁷² Como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: “Menores en desamparo y padres sin amparo”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2002, pág. 111 y en “La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2004, núm. 18, págs. 177, “la posible contraposición entre la protección de los menores y la protección debida a sus padres -contraposición en la que, a menudo, viene a introducirse un tercer elemento, cual es el interés de los acogedores y de los futuros adoptantes- llega a alcanzar, en cada vez más casos, niveles tales que su solución, lejos de ser pacífica y armoniosa, pasa necesariamente por la insatisfacción de alguno de esos intereses en pugna”.

materias de asistencia social.

Conforme a ello, la Disp. Adic. 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, recoge textualmente que *“las Comunidades Autónomas en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.*

Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la Entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la Autoridad que las habilite. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones.

La habilitación se otorgará previo expediente.

Podrá ser privada de efectos la habilitación si la Asociación o Fundación dejare de reunir los requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación con fines de información y colaboración, estadísticas y relaciones internacionales, para lo cual las Comunidades Autónomas deberán facilitar la información necesaria.

Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las Instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la adopción.

Desde que una persona es seleccionada por la Entidad pública como adoptante, podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre la salud del menor”.

De tales disposiciones normativas y de los correspondientes Estatutos de Autonomía, se deduce que las CCAA poseen competencia para legislar a través de sus Parlamentos sobre asistencia social o servicios sociales en general y, concretamente, sobre protección del menor. Al respecto, ha de señalarse que, prácticamente todas las

CCAA, ya han legislado sobre la protección al menor de edad.

Las normas autonómicas que regulan la infancia y la adolescencia van dirigidas a todos los menores de edad que se encuentran en situación de desprotección y desamparo⁷³, y tienen como objeto establecer la garantías necesarias para el ejercicio de los derechos que a los menores reconoce la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el Ordenamiento jurídico en su conjunto, así como determinar el marco de actuación en orden a la protección a la infancia, adoptando aquellas medidas protectoras que deban aplicarse a los menores de edad en situación de desamparo⁷⁴.

En líneas generales, hemos de señalar que todas las actuaciones procedimentales realizadas por la Administración protectora de menores, con carácter necesario y preceptivo, para adoptar medidas de protección restrictivas, deberán estar siempre guiadas en su finalidad y orientadas por los principios y criterios legales rectores en materia de tutela de menores, fundamentalmente, por la primacía del interés superior del menor, que, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula a los Tribunales, a todos los poderes públicos, a los padres y a todos los ciudadanos.

En su actuación, otorgarán prioridad a la acción preventiva, y, a tal efecto, se fomentarán las actividades públicas y privadas dirigidas a favorecer la integración familiar, interviniendo especialmente con familias en situación de riesgo. El principio de intervención mínima limitará las intervenciones administrativas a lo absolutamente imprescindible para el eficaz ejercicio de la función de protección, otorgando prioridad siempre a la actuación en el entorno familiar del menor (desarrollando programas de intervención familiar capaces de orientar a los padres, tutores o guardadores en el adecuado ejercicio de sus deberes de asistencia y cuidado, ante cualquier detección de deficiencias o irregularidades en el ejercicio de los mismos), para evitar en lo posible, la separación del mismo.

⁷³ Según dispone el art. 172.1, párr. 2º C.c., “*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 y material*”.

⁷⁴ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La situación jurídica del menor en el marco de la Comunidades Autónomas*, cit., págs. 9 a 22.

La Administración, en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección, debe actuar con la máxima flexibilidad y regida por el principio de proporcionalidad, para garantizar en todo momento la adecuación de las medidas a la situación concreta del menor. Para ello, además de la documentación de todo procedimiento, las medidas adoptadas inicialmente pueden ser modificadas en función de las necesidades del menor. Con carácter general, la modificación se iniciará de oficio, siempre que resulte conveniente. En su actuación, se velará siempre por arbitrar los medios necesarios para posibilitar la recuperación de la convivencia, bien con la familia de origen, o bien con otros miembros del núcleo biológico.

Por otro lado, el menor tiene derecho a que el cuidado subsidiario que le dispensa la Administración, una vez se suspenda la patria potestad, sea absolutamente irreprochable. En toda intervención, se debe procurar contar con la colaboración del niño y de su familia, y no se debe interferir en su vida escolar⁷⁵.

Verdaderamente, el protagonismo que a las entidades públicas competentes en materia de protección de menores asignan la Leyes de reforma es consecuencia directa de una de las finalidades que persiguió el legislador de 1987, que consistía en superar la consideración histórica de la protección de menores como una cuestión exclusiva de la Administración de Justicia. En este sentido, la Disp. Adic. 1ª Ley 21/1987 entendía por Entidades Públicas “*los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores*”, en tanto que la Disp. Final 22ª LOPJM que las Entidades Públicas mencionadas en dicha Ley “*son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización*”.

En consecuencia, los órganos competentes para ejercer la guarda asistencial, la tutela “*ex lege*” y el acogimiento de menores son las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores en el respectivo territorio. En base a lo anterior, se puede afirmar que la Ley 21/1987 introdujo y la LOPJM vino a ratificar lo que se ha llamado “*burocratización de la protección del menor*”, presentada como una

⁷⁵ ARCE FERNÁNDEZ: *El desamparo de menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, cit. págs. 103 a 106.

consecuencia necesaria de la desjudicialización de los escalones primarios de la protección, con la cual se pretende subsanar tanto la excesiva lentitud en sede judicial como la importante desconexión institucional entre el juez que tiene que resolver y los trabajadores sociales.

En cuanto a las Entidades que pueden ser habilitadas como instituciones colaboradoras de integración familiar y los requisitos que deben reunir, conforme el contenido del párrafo 2º de la Disp. Adic. 1ª Ley 21/1987, ha de señalarse que: han de tratarse de asociaciones no lucrativas, constituidas conforme a la legislación aplicable, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de los menores, siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios para el desarrollo de las funciones encomendadas; han de someterse a la legislación autonómica, puesto que las Comunidades Autónomas tienen competencia sobre esta materia; en cuanto al expediente de habilitación se someten al Derecho administrativo y, en consecuencia, la sujeción de su concesión o denegación, a los recursos que les son propios⁷⁶.

No cabe duda de que la Ley 21/1987 otorgó un protagonismo de primera línea a la Administración con competencia en materia de protección de menores. Asumieron *ex novo* potestades y atribuciones antes confiadas a los sujetos privados familiares. Bajo el punto de vista de política administrativa puede decirse, en palabras de VARGAS CABRERA⁷⁷, que se ha abandonado el principio de subsidiariedad en la asistencia a menores desamparados para asumir la atención prioritaria y directa de los problemas que aquellos plantean. Esta Ley confía en las entidades administrativas como las mejor preparadas para prestar con prontitud la debida atención a los menores privados de asistencia moral o material. Se trata de ofrecer a la Administración un abanico de posibilidades de actuación con el que, desde la óptica de un tratamiento individualizado y duradero en el tiempo, aborden realmente las necesidades de los menores, latiendo en la Ley 21/1987 un mandato implícito de flexibilidad dirigido a las Entidades Públicas para que busquen la fórmula de asistencia adecuada a las necesidades del menor y a los medios personales y materiales con los que se cuenta.

⁷⁶ IGLESIAS REDONDO: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., págs. 78 a 83.

⁷⁷ VARGAS CABRERA: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, cit., págs. 614 y 615.

V.- EL MINISTERIO FISCAL COMO GARANTE SUPREMO DEL INTERÉS DEL MENOR

Según la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁷⁸ (en adelante, LEOMF), una de las funciones que le son atribuidas al Fiscal es la de velar por los derechos de los menores (art. 3.7), siendo la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la que, realmente, incrementa las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores así como sus correlativas funciones, reforzándose esta figura a lo largo de la LOPJM.

Tal como recoge el art. 174 C.c., incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores. A tal fin, la Entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos formalizados relativos a la constitución, variación y cesación de tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente, le dará cuenta de cualquier novedad de interés de las circunstancias del menor. El Fiscal debe comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. Sin embargo, esta vigilancia del Ministerio Fiscal en absoluto exime a la Entidad pública de su responsabilidad para con el menor, ni de sus obligación de poner en su conocimiento las anomalías que observe, puesto que, como establece el art. 232 C.c., la tutela se ejerce bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actúa de oficio o a instancia de cualquier interesado, pudiendo exigir al tutor, en cualquier momento, que le informe sobre la situación del menor y del estado de administración de la tutela. Y para el ejercicio de esta función de vigilancia, tal como propugna el art. 23 LOPJM, se llevará, en cada Fiscalía, un Índice de Tutelas de Menores.

Esta especial tutela y amparo de los menores, como subraya la Convención de los derechos del niño, encuentra su fundamento en el hecho de constituir la infancia uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad.

El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de los menores es fundamental tanto en el ámbito civil (entre otros muchos, los arts. 92⁷⁹, 137, 148, 158, y

⁷⁸ BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982.

⁷⁹ El apartado 8º del art. 92 C.c. fue declarado inconstitucional por la STC. de 17 de octubre de 2012

(RTC 2012, 18), en la cual se llegó a la conclusión de que infringía el art. 117.3 CE, pues en la redacción dada a este artículo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, se disponía que: «*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe “favorable” del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*». En esta sentencia se analiza dónde está el límite entre la función de garante del menor del Fiscal y la potestad jurisdiccional, puesto que el apartado 8º del art. 92 del C.c., en la redacción dada al mismo por la Ley de 2005, supeditaba la decisión jurisdiccional de la custodia compartida del hijo menor a petición de uno de los progenitores a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal.

Según se afirma, la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo "favorable" que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un *prius* o un requisito de procedibilidad sin el que el Juez o Tribunal no pueden juzgar». La estructura gramatical de la frase «con informe favorable del Ministerio Fiscal», en el contexto de la norma, no deja lugar a duda en la interpretación del precepto, que establece el requisito de contar con informe del Ministerio público exigiéndose, además, que sea favorable a la custodia compartida, para que el Juez pueda acordar este régimen de custodia.

La Sala que presenta la cuestión estima, en primer término, que su exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada, tal como se halla configurada por el art. 117.3 CE. Tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado.

Es decir, es necesario que hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor. Con la modificación de 2005 se está autorizando al Juez, para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores, pueda imponer la custodia compartida, pero siempre que: a) medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio; b) que el Ministerio público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor; c) sea conveniente para el menor, pues, es el interés del menor (*favor filii*) el que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a la adopción de cuantas medidas conduzcan al bienestar y protección integral de los hijos.

Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla. Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (art. 117 CE), pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal.

Tampoco el mandato del art. 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales.

En conclusión, el TC. termina por afirmar que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex* art. 92.8 C.c. debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues

179 C.c.), como en el penal, en el que, incluso, se le encomienda ponderar la conveniencia de interponer denuncia o querrela cuando la víctima es un menor (arts. 191, 201, 287, 296, 233 CP.), se le obliga a instar de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor víctima de delitos (art. 233 CP.), o a promover acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en determinados casos (art. 189.5 CP.).

Puede decirse que, si el Fiscal es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos, en tanto encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores, es específica y cualificadamente defensor de los derechos de éstos.

Y es que la posición privilegiada que el sistema español confiere al Ministerio Público en defensa de los intereses de los menores permite mantener que el Fiscal está presente en todas las esferas de nuestro Ordenamiento en la que se ventilan intereses de menores desprotegidos, desamparados o en situación de riesgo. De ahí la gran responsabilidad del Ministerio Público en el correcto funcionamiento de las instituciones de reforma y protección, cuasi omnipresencia jurisdiccional del Fiscal respecto de los menores subrayada en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 2/1992, de 13 de febrero, en donde se afirma que el Fiscal es el único órgano que abarca las dos vertientes del área de menores, lo que lo coloca en una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos.

En la Instrucción de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) nº 3/2008, de 30 de julio⁸⁰, sobre el Fiscal de Sala coordinador de menores y las Secciones de menores, se recogen, en el punto tercero, apartado 4, los cometidos de la Sección de Menores en materia de protección y derechos fundamentales, los cuales pueden, básicamente, sintetizarse en dos: la encomienda que el art. 174 C.c. le atribuye en cuanto a la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores, y la promoción de las acciones procedentes por violación de derechos fundamentales de

corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

⁸⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008. Vol. I. Cap. III: *Actividad del Ministerio Fiscal*, págs. 806 y ss. “www. Fiscal.es”.

menores respecto de los que el Ordenamiento jurídico, en especial, la LOPJM, reconoce legitimación al Ministerio Fiscal.

Entre dichos cometidos, hacemos especial referencia a:

- Ejercer las funciones extraprocerales derivadas de la superior vigilancia de las actuaciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores (arts. 174 y concordantes del C.c. y 17 y 18 LOPJM);
- Intervenir en procesos judiciales relativos a adopciones, acogimientos e impugnaciones de medidas protectoras acordadas por la Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC);
- Promover, ya en sede administrativa, ya en sede judicial, medidas de protección de menores en situaciones de riesgo o desamparo, entre otras, en supuestos de malos tratos, absentismo escolar, comisión de delitos por menores de 14 años, menores en riesgo por consumo de alcohol u otras sustancias tóxicas, menores utilizados para mendicidad, etc. (art. 174 C.c. y art. 13.1 LOPJM);
- El deber de comunicación y denuncia que, respecto de toda situación de riesgo o posible desamparo conocida alcanza a cualquier persona, resulta especialmente exigible al Ministerio Fiscal. La gravedad de las consecuencias que para el menor aparecen ligadas a situaciones de desprotección exige asegurar que la noticia pueda llegar inmediatamente a las autoridades a fin de que sea igualmente inmediata la activación del sistema de protección, evitando que la demora en ésta contribuya a dificultar la reparación o a agravar los efectos;
- Promover medidas cautelares urgentes conforme al art. 158 C.c. para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios;
- Proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos y en investigaciones que impliquen procedimientos invasivos sin beneficio directo;
- Promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, (arts. 4 y 7.2 LOPJM y 763.2 LEC);
- Promover acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM);

- Intervenir en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 LEC-1881);
- Cumplimentar de forma efectiva el derecho del menor a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas (art. 10.2 b) LOPJM);
- Promover medidas y protocolos tendentes a evitar la victimización secundaria de testigos menores.

Por lo que se refiere a los menores extranjeros, el Ministerio Fiscal debe salvaguardar sus derechos aun cuando no residan legalmente en España (art. 10 LOPJM). En este punto, la citada Instrucción de la FGE nº 3/2008 remite a la Instrucción nº 5/2007, de 18 de julio, en donde a las Secciones de Extranjería se les asigna la función de intervenir, o en su caso, coordinar, supervisar y trasladar las pautas a los expedientes sobre determinación de edad y repatriación de menores extranjeros no acompañados (art. 35 Ley de Extranjería y 92 Reglamento de Extranjería, en adelante LE y EX, respectivamente). Por tanto, en estos ámbitos y en los derivados de los mismos (especialmente, el relativo al tratamiento de menores no acompañados a los que pretendan retornarse a sus países de origen), será el Fiscal coordinador de Extranjería y las correspondientes Secciones de la Fiscalía los que elaboren las pautas de actuación.

También se le atribuye al Ministerio Fiscal la tarea de visitar periódicamente los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen. En caso de que las disfunciones comunicadas a la Autoridad Autónoma competente no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador.

Por último, señalar que, tal como recoge el art. 23 LOPJM, el Ministerio Fiscal, debe llevar el Índice de Tutelas de Menores y los demás registros derivados de sus funciones de protección.

VI.- LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES Y LAS FÓRMULAS JURÍDICAS DE GUARDA EN CASO DE DESASISTENCIA MATERIAL O MORAL DEL MENOR

El Título VII del Libro I del C.c. lleva por rúbrica “*De la relaciones paterno-filiales*”, englobando el mismo los arts. 154 a 180, estructurados en cinco capítulos. El primero de ellos aborda el significado de la patria potestad, los capítulos II y III el desarrollo de los deberes y facultades y el capítulo IV la extinción de la misma. Por otro lado, el capítulo quinto, que comprende los arts. 172 a 180, regula la adopción y otras formas de protección de menores, distinguiéndose, por un lado, la guarda y el acogimiento de menores como medidas de protección propiamente dichas (arts. 172 a 174) y, por otro, la adopción (arts. 175 a 180).

Esta regulación debe completarse con las disposiciones normativas establecidas en la LOPJM, que establecen los principios básicos en esta materia y los derechos y deberes de los menores y de sus progenitores, así como con las leyes que sobre esta materia han ido dictando las CCAA.

Siendo indudable que el menor es objeto de protección, en tanto que la propia minoría de edad implícitamente conlleva una necesidad de asistencia y cuidado, lo natural es que éstos le sean ofrecidos dentro del ámbito familiar y, concretamente, a través de sus progenitores. Es allí donde ha de recibir la asistencia “*moral y material*” (utilizando la terminología de nuestro C.c.) que le permita un desarrollo normalizado, teniendo en cuenta que la unidad familiar es el medio natural para ello. Así, en condiciones normales, la familia cuenta con unos mínimos recursos culturales y afectivos suficientes que permiten el ejercicio de dicha labor de asistencia, cuidado y protección, encaminadas a obtener el desarrollo pleno de su personalidad del menor, a fin de que pueda realizar una vida autónoma una vez llegue a la edad adulta. Y todo ello, sin precisar la intervención de los poderes públicos en semejante tarea.

Sin embargo, en ocasiones, el sistema de protección que presta al menor el núcleo familiar de origen resulta deficitario y no responde a sus necesidades. Ello se traduce en la falta de asistencia material y emocional que evidencia una situación fáctica de desamparo. Es en dicho momento cuando se hace necesaria la puesta en funcionamiento del sistema de protección que proporcionan los poderes públicos,

encaminado a suplir el déficit asistencial que padece el menor como consecuencia de la situación familiar de origen.

A continuación, haremos un breve recorrido, sin ánimo de exhaustividad, por las distintas instituciones protectoras del menor.

6.1.- La patria potestad

Originariamente, la *potestas* era la jefatura doméstica que el *paterfamilias* ejercía sobre todos los miembros del grupo. Se trataba de un poder absoluto y arbitrario, concebido a favor de quien lo ejercía, y a favor de la cohesión del grupo mismo.

La evolución posterior del Derecho Romano, el Derecho común, y del Derecho moderno han transformado, del mismo modo que la familia patriarcal, el sentido de la patria potestad, que hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes encaminados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que impone la ley a los progenitores. Tales poderes no conforman un derecho subjetivo en sentido técnico, puesto que el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta. Sin embargo, la patria potestad implica unos derechos instrumentales, dirigidos al interés de otro y estrechamente vinculados con el cumplimiento de los deberes por parte de quien ostenta la titularidad de la misma.

De lo anterior se deduce que como institución básica del orden socio-familiar, la patria potestad es considerada de orden público, por ello que sea irrenunciable, intransmisibile e imprescriptible.

En la redacción que tuvo el C.c. desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos perfiles romanistas y patriarcales. Es la reforma de 1981 la que introduce notables cambios, como, por ejemplo, que ya no se trata de un poder exclusivo del padre sino compartido con la madre⁸¹. Además se pone un especial énfasis en la funcionalidad. No se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo, siendo

⁸¹ Es importante poner de manifiesto, que a partir de la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el C.c. y permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se plantean diversos problemas, entre ellos, el terminológico, al surgir la necesidad de sustituir las palabras “*padre*” y “*madre*” por la de “*progenitor*”. Sin embargo, el C.c. mantiene aún, en varios de sus preceptos, la terminología clásica.

esta idea del “*beneficio del hijo*” la que constituye la línea directriz de la reforma. Se suaviza el sistema punitivo, se crea la necesidad de tener en cuenta siempre la personalidad del sujeto sometido, así como otorgarle audiencia. Por último, se incrementa el control público en el sentido de un avance de las competencias y de los poderes del Estado frente a los estrictamente familiares⁸².

Según el art. 154 C.c., los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores, que se ejerce siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y consiste en velar por ellos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Por otro lado, conforme a lo dispuesto por el art. 155.1 C.c., los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y tienen la obligación de respetarlos siempre.

Y, a tenor del art. 156 C.c., la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, considerándose válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad pero, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo en el caso que tuviera suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad a uno de los progenitores. Si llegado el caso, los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier causa que dificultara gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir las funciones entre ambos. Esta medida tendrá carácter transitorio y no podrá exceder de dos años. Finalmente, en defecto o ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Para el caso de los padres separados, el Juez a petición del progenitor no custodio, y en interés del hijo, puede atribuir el ejercicio de la patria potestad de forma conjunta.

La patria potestad es uno de los efectos de la filiación. Al carecer el menor de edad de capacidad de obrar, serán los titulares de la patria potestad quienes actúen en el mundo jurídico por su cuenta y nombre, como sus representantes legales. Pero la patria

⁸² DIEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Tecnos, Madrid, 2012, págs. 271 y 272.

potestad no sólo cubre las necesidades jurídicas del menor, sino también sus aspectos personales y patrimoniales. Por ello la doctrina más moderna⁸³ la define como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

6.1.1. El ejercicio de la patria potestad

La patria potestad tiene naturaleza de función, en el sentido de que se concede a su titular unos derechos con el fin de cumplir unos deberes. Se inspira en el principio de *favor filii*, puesto que, tal como dice el párrafo segundo del art. 154 C.c., “*se ejercerá siempre en beneficio de los hijos*”, lo que es concorde con lo dispuesto en el art. 39.3 CE y en la LOPJM, añadiendo la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional⁸⁴ que la patria potestad debe ejercerse siempre con respeto a la integridad física y psicológica del hijo⁸⁵.

Por otro lado, se ha de poner de manifiesto que la prevalencia del interés del menor supone que la disyuntiva entre interés del menor y la titularidad de la patria potestad, que corresponde por derecho propio a los padres, debe resolverse a favor del primero, teniendo siempre en cuenta que el principio de *favor filii* no significa que el interés del menor tenga que ser necesariamente superior al de los padres, en tanto que los intereses de los adultos deben ser igualmente reconocidos y protegidos. Sin embargo, el interés del menor debe considerarse necesitado de protección, y es esta circunstancia la que le imprime ese carácter de “relativa” superioridad⁸⁶.

El TS. entiende, en el FJ. 2º de su Sentencia de 25 de junio de 1994⁸⁷, que el art. 154 C.c., inspirándose y declarando el principio del beneficio de los hijos como fin último de la institución, establece las funciones de los padres en el ejercicio de la patria potestad, en su doble carácter de deberes y de derechos, y conforme a la declaración constitucional del art. 39.3 CE, que siguiendo las orientaciones doctrinales más

⁸³ PASQUAU LIAÑO, Miguel: *Jurisprudencia civil comentada*. Tomo I, Comares, Granada, 2000, pág. 742.

⁸⁴ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

⁸⁵ O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008 (6ª ed.), págs. 237 y 238.

⁸⁶ CALLEJO RODRIGUEZ, Carmen: “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, en *Actualidad Civil*, 2014, núm. 3, pág. 292.

⁸⁷ RJ 1994, 6502.

modernas y la tendencia de los Ordenamientos contemporáneos, configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos.

Durante el periodo de minoría de edad del hijo y hasta que tiene lugar su emancipación, el Derecho concede a los padres, por el solo hecho de serlo, un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, así como a promover su desarrollo físico e intelectual. Es este conjunto de facultades lo que se conoce con el nombre de patria potestad. Únicamente y en la medida en que los padres utilicen dichas facultades en beneficio de los hijos contarán con el respaldo del Ordenamiento jurídico⁸⁸. En cuanto al significado de esto último, la citada STS. de 25 de junio de 1994, en su FJ. 2º, define con exactitud la exigencia de ejercer la patria potestad en beneficio del hijo en los siguientes términos: *“ciertamente, la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, (...) pero de ello no debe inferirse que los padres puedan verse privados de aquélla por concurrir especiales circunstancias en el hijo o por otra preferencia de éste, ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas”*⁸⁹.

Como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 154.1 C.c. contempla la titularidad de la patria potestad. Se concibe como una función dual, atribuida a ambos progenitores. Determinada la filiación paterna y materna, la ley atribuye la titularidad de la patria potestad a ambos, si no, se atribuirá a aquél respecto del cual haya sido fijada, siendo éste uno de los supuestos de titularidad individual recogidos en el C.c.

Están sujetos a patria potestad los hijos (por naturaleza o adopción) no emancipados, dado que la emancipación supone el fin normal de la patria potestad en vida de los progenitores e hijo (art. 169 C.c.). No cabe ostentar la patria potestad sobre hijos concebidos y no nacidos. En cuanto a los menores que al alcanzar la mayoría de

⁸⁸ LÁZARO GONZÁLEZ: *Los menores en el Derecho Español*, cit., pág. 152.

⁸⁹ PASQUAU LIAÑO: *Jurisprudencia civil comentada*, cit., pág. 742.

edad carezcan de capacidad suficiente y no puedan gobernarse por sí mismos y sean incapacitados judicialmente, quedarán sometidos a la patria potestad prorrogada⁹⁰, figura ésta que recoge el art. 171 C.c. 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 se ejercerá por quien correspondiere si fuera menor de edad. Entiende la jurisprudencia que el régimen jurídico de la patria potestad prorrogada es el propio de la patria potestad y no el de la tutela, puesto que como dice el TS. en el FJ. 9º de su Sentencia de 23 de marzo 1993⁹¹, ante un supuesto de la patria potestad prorrogada (art. 171 C.c.), ésta deberá ejercerse de conformidad con lo establecido en los arts. 154 y siguientes C.c., siendo así que, en lo que respecta a la representación legal y la administración de los intereses de una persona sujeta a patria potestad (arts. 162 y 163, de aplicación a la patria potestad prorrogada por disposición del art. 171), los padres ni siquiera necesitan autorización judicial para el ejercicio de las acciones patrimoniales o administrativas de los hijos bajo su potestad. Sólo en caso de confrontación entre los intereses de ambos progenitores con los del hijo sujeto a potestad, se nombrará un defensor de los intereses del menor, si bien en el caso que la confrontación se dé con un solo progenitor, tampoco será necesario el nombramiento de defensor, puesto que esta tarea se le atribuye al progenitor libre de conflicto con el sujeto a potestad.

Por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, según lo dispuesto en el art. 156 C.c., se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. De este modo, serán válidos los actos que realice uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, y también se consideran válidos los actos realizados por uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias que concurran, o en situaciones de urgente necesidad. Por tanto, salvo en los supuestos de ejercicio individual, ninguno de los progenitores puede por sí solo, sin contar con el consentimiento expreso o tácito del otro, decidir cuestiones que afecten a los hijos. Cabe el consentimiento general a favor del otro cónyuge para el ejercicio de la

⁹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 292.

⁹¹ RJ 1993, 2545.

patria potestad, pero el cónyuge que consiente conserva sus obligaciones y responsabilidades y puede actuar por sí mismo cuando lo estime conveniente. En los supuestos en que el ejercicio conjunto plantee problemas, tal como se recoge en el párrafo segundo del art. 156 C.c., será preciso acudir al Juez por parte de cualquiera de los progenitores. Es decir, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. Si los desacuerdos son continuos u otra causa dificulta gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez distribuirá entre ellos sus funciones. Según el citado precepto, dicha medida tendría vigencia durante el plazo que se fije, no pudiendo exceder el mismo de dos años.

Otros supuestos especiales de ejercicio de la patria potestad son los recogidos en el párrafo cuarto del citado art. 156 C.c. y se trataría de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores, en cuyo caso se ejerce exclusivamente por el otro.

En el caso de separación fáctica de los padres, regulado en el apartado quinto y último del mismo precepto, se atribuye el ejercicio de la patria potestad por Ley al progenitor que conviva con el hijo, sin perjuicio de que el progenitor no custodio solicite al Juez, en interés del hijo, atribuirle la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el custodio, o se distribuyan entre uno y otro progenitor las funciones inherentes a su ejercicio.

Finalmente, la patria potestad se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por emancipación, y por la adopción, como preceptúa el art. 169 C.c. Según el art. 170 C.c., también alguno de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa matrimonial

como se recoge en el art. 92.3 C.c., o en causa criminal, como preceptúa el art. 111.1º del mismo Cuerpo legal.

6.1.2. La pérdida de la patria potestad: suspensión, privación y extinción

En relación a la materia objeto de nuestro estudio, surge la necesidad de distinguir los conceptos de “*suspensión*”, “*privación*” y “*extinción*” al tratar la pérdida de la patria potestad, partiendo de la base de que resulta difícil la delimitación de los mismos, puesto que el Código Civil no llega a precisar tales límites. Incluso, el legislador regula tales conceptos bajo la rúbrica “*De la extinción de la patria potestad*”, comprendido en aquélla supuestos de verdadera extinción y otros que no lo son.

Sin embargo, es fácil reconocer que nuestra legislación no otorga la misma dimensión a la privación de la patria potestad, para la que es necesaria sentencia firme, que a la suspensión de la patria potestad, la cual se lleva a cabo mediante un resolución administrativa en el momento en que se decreta un desamparo, al tiempo que, de forma automática, se atribuye la tutela del menor a la Administración.

En primer lugar, al hablar de “*pérdida de la patria potestad*”, debemos referirnos a todos aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico considera que, debido a la existencia de determinadas circunstancias, uno o ambos progenitores deben dejar de ser titulares de la patria potestad.

Dentro de esta categoría, deben distinguirse, a su vez, dos grandes grupos.

En primer lugar, la adopción del hijo, en virtud de la cual se produce una extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, determina el fin de la patria potestad respecto de quienes la venían ostentando hasta entonces (art. 169. 3º C.c.), ya que nuestro Ordenamiento jurídico no admite, como regla general, que el hijo quede sujeto al mismo tiempo a la patria potestad de sus padres originarios y a la de sus padres adoptivos, ni tampoco que ostente los legítimos derechos sucesorios respecto a ambas familias.

Ahora bien, existen dos hipótesis en las que, pese a la adopción, no se extingue la patria potestad del progenitor: cuando el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante (sería el caso de un matrimonio en el cual el hijo biológico de uno de los cónyuges es

adoptado por el otro cónyuge. Ante dicha nueva circunstancia, el menor tendrá que verse privado de la patria potestad de uno de sus progenitores, para que pase ahora a convertirse en hijo adoptivo del cónyuge de uno de sus progenitores biológicos y ambos ostenten su patria potestad). La segunda hipótesis se centra en el supuesto que surge cuando uno sólo de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir *ex art. 178.2 C.c.* (en este caso, el menor, mayor de doce años, conserva la filiación biológica con uno de los progenitores, extinguiéndose la del otro progenitor, al ser adoptado por otra persona con quien surge una nueva filiación, siempre y cuando los tres intervinientes muestren su acuerdo a esta forma de filiación). Como puede observarse, coexisten, entonces, la patria potestad del citado progenitor con la ahora ostentada por el adoptante⁹².

Por otro lado, al referirnos a la pérdida o privación de la patria potestad, hemos de aludir al conjunto de supuestos contemplados en el art. 170 C.c.⁹³, que tiene un claro marcado carácter punitivo y que se incluiría dentro de lo referido a la pérdida de la patria potestad, si bien alberga la posibilidad de que exista otro progenitor que la siga ostentando⁹⁴.

Al asumir la tutela del menor en situación de desamparo la Entidad pública, surge una situación particular en tanto que la Administración no tiene potestad para privar a los padres de la patria potestad (sólo mediante sentencia es posible privar parcial o totalmente a los padres de la patria potestad *ex art. 170 C.c.*) ni poner fin a la tutela ordinaria, con lo cual sólo se produce la interrupción del ejercicio de la misma, manteniéndose, por tanto, la titularidad.

⁹² Vid. SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Comentario al art. 178 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 594 y 595.

⁹³ Art. 170 C.c.: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

*Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, José M^a: “Comentario al art. 170 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 573 y 574.*

⁹⁴ LÁZARO GONZÁLEZ: *Los menores en el Derecho español*, cit., pág. 169.

Ante esta realidad surge la cuestión de si puede darse la compatibilidad entre la patria potestad (o, en su caso, tutela ordinaria) y la tutela *ex lege*.

Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, coexiste la titularidad de la patria potestad con la tutela automática de la Entidad pública originada por la desprotección en la esfera personal del menor, de modo que los progenitores o tutores pueden llevar actos patrimoniales si benefician a aquél; en caso contrario, la Entidad pública puede asumir también la administración de los bienes del menor⁹⁵. En el caso de la tutela *ex lege*, no se extingue la patria potestad, sólo se suspende el ejercicio de la misma, puesto que la titularidad no la ostenta la Entidad pública, sino los progenitores⁹⁶.

Por ello, no es lo mismo “*privación*” de la patria potestad que “*extinción*” de la misma, como entiende O’CALLAGHAN, aunque la privación implique el nombramiento de un tutor al hijo menor en caso de que se les prive de la misma a ambos progenitores o la titularidad de la patria potestad la ostenta sólo uno de los

⁹⁵ Para MARTÍN GARCÍA, M^a Lirio: “Comentario al art. 172 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 294, “de acuerdo con el art. 172.1, pár. 3º, el efecto básico de la aparición de la tutela llevada a cabo por las Comunidades Autónomas es la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Suspensión, que no privación, que, en principio, no tiene por qué tener un carácter absoluto, sino que más bien, está pensada para que se pueda producir una convivencia entre las citadas figuras, eso sí, en lo que a la esfera patrimonial del menor se refiere, y siempre y cuando se actúe en beneficio de los intereses del tutelado. Por tanto, el ámbito personal del menor quedaría sometido al control de la tutela pública, mientras que el económico podría ser compartido”.

⁹⁶ Vid. LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: “Consideraciones sobre la suspensión “administrativa” de la patria potestad”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (GARCÍA RUBIO, coord.), Cívitas, Madrid, 2009, págs. 549 a 551. De una somera lectura del art. 172 C.c. ya cabe colegir que la suspensión “administrativa” de la patria potestad se caracteriza porque afecta únicamente al ejercicio de la misma, pero no conlleva su extinción. A los fines de concretar el régimen jurídico de la suspensión “administrativa” es necesario tomar en consideración la dicotomía titularidad-ejercicio de la patria potestad. La distinción en cuestión se halla plasmada en el C.c., que después de establecer la titularidad conjunta de la patria potestad, concede a uno u otro cónyuge el ejercicio de la misma, sin que concurren las causas que el propio C.c. contempla en su privación. En ocasiones el deslinde entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, resulta confuso. Con todo, este autor señala que la titularidad implica la atribución genérica de las funciones que, en relación a los menores, les corresponde a los progenitores y resulta indivisible, el ejercicio, en cambio, implica la actuación concreta, realizando las funciones que comporta la patria potestad y que son susceptibles de ser distribuidas entre los titulares. La LOPJM, 1/1996 de 15 de enero, modificó el art. 172. C.c. y estableció que en los supuestos en los que como consecuencia de una situación de desamparo se acuerde una tutela *ex lege*, ésta llevará aparejada como efecto la suspensión de la patria potestad, siendo “*válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres (...) en representación del menor y que le sean beneficiosos para él*”. Además, el apartado 7 del art. 172 C.c., introducido por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, se refiere, al hilo de la revocación de la declaración de desamparo, “*a los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme lo previsto en el número 1 de este artículo*”.

progenitores y éste se ve privado de la misma. Porque en el caso en que existan ambos progenitores y se prive sólo a uno de ellos de la patria potestad, ésta recaerá en exclusiva, *ipso iure*, sobre el otro⁹⁷.

Y es que el art. 170 C.c. regula la privación de la patria potestad, como un supuesto de extinción diferente a los enumerados en el art. 169 C.c. (que recoge, como causas de extinción, la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por emancipación del hijo o por la adopción). Ello obedece a que en el art. 170 C.c. la pérdida es, en principio, temporal, puesto que cabe la recuperación, si bien puede llegar a ser definitiva, y además tiene connotaciones punitivas, aunque más que una sanción al progenitor se trata de una medida de protección hacia el hijo menor⁹⁸ y se requiere siempre una sentencia que la establezca. Aunque la Convención de 1989 permite a los tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la Ley y los procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria en interés superior del menor⁹⁹, dada la amplitud del contenido del art. 170 C.c. (*incumplimiento de los deberes inherentes de la patria potestad*) y las distintas circunstancias que ha de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los progenitores, se concede al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta que la delimitación conceptual entre privación y suspensión puede resultar confusa, resulta esclarecedora la STS. de 18 de octubre de 1996¹⁰¹, FJ. 4º, donde el Alto Tribunal se expresa en los siguientes términos: “*evidentemente, la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma,*

⁹⁷ O´CALLAGHAN MUÑOZ: *Código Civil. Comentario y con jurisprudencia*, cit., pág. 246.

⁹⁸ La STS. de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223), considera en el FJ. 3º: “(...) *se trata de una medida de protección hacia el hijo menor y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil (...)*”.

⁹⁹ Sirva como ejemplo la STS. de 2 octubre de 2003 (RJ 2003, 6400), que confirma la resolución de instancia mediante la que se priva de patria potestad a un padre separado legalmente de su esposa que es condenado en sentencia firme penal por haber causado dolosamente la muerte de ésta, privación justificada por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte del padre y requerida como medida aconsejada por la formación integral de sus hijos.

¹⁰⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, cit., 2013, pág. 350.

¹⁰¹ RJ 1996, 7507.

“su privación”, sea “temporal, parcial o total”, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad”.

Desde nuestro punto de vista, podemos considerar que la “privación” se ajusta al tiempo y al modo. Por ello, la “privación” implica “suspensión”, y viceversa. Pero también la “extinción” conlleva “privación”. Por tanto, la privación se sujeta a la temporalidad, tratándose de un concepto impreciso que debe matizarse. En realidad, sólo se debe distinguir entre suspensión y extinción, puesto que ambos conceptos conllevan la privación de la patria potestad.

Partiendo de ello, y en aplicación del art. 170.1º C.c., los cauces por los que puede producirse la privación judicial de la patria potestad son, en primer lugar, la sentencia firme, dictada en un proceso *ad hoc*, fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad¹⁰²; debe tratarse de un incumplimiento grave y esta privación debe hacerse en interés de los hijos, realizando la jurisprudencia una interpretación restrictiva de dicho precepto¹⁰³.

¹⁰² CASTÁN VÁZQUEZ: “Comentario al art. 170 del Código civil”, cit., págs. 573 y 574, señala que antes de la reforma de 1981, el C.c. expresaba en su art. 171 que la privación podía obstenerse cuando los padres “trataren a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores”. La jurisprudencia admitió entre esos ejemplos el estado de embriaguez habitual (STS. 17-III-28) y el desamparo de la familia (STS. 25-VI-31).

¹⁰³ Al respecto, la STS. de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2982), en su FJ. 1º, recoge que “*la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 CE; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro Derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2)”. Para argumentar que la medida de privación de la patria potestad ha resultado, en el caso de autos, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional, aunque reconoce que se trata de una medida extraordinariamente dura, sigue diciendo en el párrafo siguiente del mismo FJ. que “*con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello de lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño”.**

En segundo lugar, a los titulares de la patria potestad puede privárseles de la misma por sentencia dictada en causa criminal¹⁰⁴. Aun cuando el C.c. no lo dice, no constituye esta disposición del art. 170 C.c. una habilitación a los tribunales penales para adoptar medidas en orden a los hijos del reo, sino que hay que entenderla como una norma de remisión a los casos en que, de acuerdo con el CP. (en concreto, sus arts. 149, 153, 171, 172, 173, 192, 220, 221, 225 bis, 229 y 233), pueda imponerse, como pena accesoria, la privación de patria potestad.

Y, en tercer lugar, la privación puede proceder de resolución recaída en causa matrimonial¹⁰⁵. En estos casos, puede incidir sobre la titularidad y el ejercicio de la

¹⁰⁴ Así, en la STS (Sala de lo Penal) de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 1641), resulta probado que una menor es víctima de un delito continuado de abusos sexuales cometidos por su padrastro, quien es condenado como autor criminalmente responsable en grado “*de consumación, de un delito continuado de abuso sexual, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión; inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento durante el tiempo de la condena...*”. El condenado, al recurrir, entre otras cosas, pretende anular la eficacia de la pena de inhabilitación de la patria potestad argumentándose que el recurrente no ostenta tal función en relación a la víctima. De hecho, no era su hija, sino la hija de su cónyuge. El art. 192.2 CP. (en la redacción vigente en el momento de los hechos; en la actualidad art. 192.3 CP.) solo habilitaría para imponer dicha pena en los casos en que el autor ostenta la patria potestad sobre la víctima. Sin embargo en TS. considera en el FJ. 4º de su Sentencia, que “*el razonamiento del recurrente hubiese tenido mayor virtualidad antes de la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 15/2003. La redacción originaria del art. 46 CP generaba la duda de si la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento había de limitar su alcance a la víctima o podía expandirse horizontalmente. Como atinadamente apunta el Fiscal en su dictamen, la mención a la incapacidad para obtener otro nombramiento para los mismos cargos durante el tiempo de la condena abonaba la interpretación de que el Código trataba de evitar la reproducción del estado de cosas anterior a la condena no únicamente respecto de la persona concreta afectada por el delito. Razones teleológicas abonaban esa exégesis: no tendría sentido limitar el contenido preventivo de esa pena a la persona afectada y no proyectarla a otros menores en idéntica situación. Es difícilmente argumentable que la persona condenada por abusar sexualmente de una de sus hijas, se vea privada de la patria potestad respecto de ella y la mantenga respecto de sus otras hijas menores de edad*”. Pero como establece el TS., la redacción dada al art. 46 CP. en la reforma de 2003 salió al paso de esa hermenéutica al introducir en su inciso final una regla aclaratoria: “*El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o algunos de los menores que estén a cargo del penado en atención a las circunstancias del caso*”.

Considera el TS. que se optó, así, por una línea intermedia. Es decir, a juicio del TS., la pena no necesariamente había de extenderse a todos los menores o incapaces, sin embargo el Tribunal podría acordarlo así. Por tanto, se matiza razonablemente la respuesta penal poniendo en manos del Juez un prudente arbitrio para establecer cuándo es aconsejable ese efecto horizontal pleno o parcial, o cuándo es suficiente con la eficacia puntual de esta singular pena. De esa forma, la doctrina jurisprudencial anterior ha quedado privada de sustento legal.

¹⁰⁵ Al respecto, en la STS. de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7507), considera el Alto Tribunal que si no resulta verdaderamente acreditado que la desatención hubiera supuesto una situación de comprobado riesgo y peligro para el menor en cuestión, no resulta procedente y aconsejable la adopción de una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad a uno de los progenitores biológicos; por su parte, la STS. de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5280) en sentido contrario, estima necesaria la privación

patria potestad, tanto en la tramitación del procedimiento como cuando se dicte sentencia firme¹⁰⁶, y siempre se requiere que exista una causa suficiente para ello revelada en el proceso y sea conveniente para los hijos. Estas sentencias son inscribibles en el Registro Civil. Conforme al art. 71 de la nueva (aún no vigente) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil¹⁰⁷ (en adelante, LRC), son inscribibles los hechos que afecten a las relaciones paterno-filiales que se inscribirán en el registro individual de la persona sujeta a patria potestad y en el de su progenitor o en los de sus progenitores. También lo son las resoluciones judiciales que afecten a la titularidad, al ejercicio y a las modificaciones de la patria potestad. En particular, las que se produzcan como consecuencia de la nulidad, separación y divorcio de los progenitores. Además, según el art. 83.1, d) del mismo Cuerpo legal, a los efectos de la LRC, se considerarán datos especialmente protegidos las causas de privación o suspensión de la patria potestad¹⁰⁸.

Por último, hemos de referirnos a la recuperación de la patria potestad. En este sentido, tenemos que recordar que en el caso de finalizar la patria potestad por alguna de las causas que recoge el art. 169 C.c. (*“La patria potestad se acaba: 1º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; 2º Por la emancipación; 3º Por la adopción del hijo”*), resulta imposible la recuperación, con lo cual podemos afirmar que se ha extinguido¹⁰⁹.

En cambio, para el supuesto en que se haya privado o suspendido a unos progenitores de la patria potestad, el párrafo segundo del art. 170 C.c. establece que los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

La posibilidad que tiene los padres de recuperar la patria potestad en el caso que

en base a la desatención que sufría el menor; la reciente SAP. de Alicante de 22 de mayo de 2014 (AC 2014, 1407) decreta la privación de la patria potestad al padre, en aras del interés de una menor, que se encuentra absolutamente integrada en una familia nueva que ha construido la madre, en base a la estabilidad afectiva y material que su nueva familia le aporta.

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 285.

¹⁰⁷ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

¹⁰⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, cit., 2013, pág. 350.

¹⁰⁹ DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Op. cit.*, pág. 287, en cuanto a los efectos que implica la extinción de la patria potestad, ponen de manifiesto que la extinción genera la aparición de unos deberes de liquidación de la situación extinguida. El art. 168 C.c. aplica la regla general de la rendición de cuentas de los administradores, lo que implicaría la entrega de los bienes que, por razón de dicha administración, los padres tuvieran en su poder, en el caso de la emancipación.

se hayan visto desposeídos de la misma tiene precedentes muy antiguos. Ya en el Derecho Romano, si el padre de familia caía cautivo, la patria potestad se quedaba en suspenso, recuperándola al volver del cautiverio en virtud del derecho de *postliminio*. Las legislaciones modernas permiten también que el titular de la patria potestad que perdió esta función la recupere si, antes de emanciparse el hijo, cesa la causa que produjo la pérdida. El C.c. no reguló inicialmente la recuperación de la patria potestad, pero, tras la reforma de 1981, el art. 170, párrafo segundo, autoriza a los tribunales a que acuerden la recuperación de la patria potestad “*cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*”, refiriéndose, por tanto, a los casos previstos en el párrafo 1º del citado precepto. Los padres que recuperen la patria potestad vuelven a estar investidos, desde dicho mismo momento, de los derechos y obligaciones propios de la función. Si se hubiera constituido una tutela sobre el hijo menor por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupera, extinguiéndose la tutela¹¹⁰.

Concluyendo, desde nuestro punto de vista, aun incidiendo en la dificultad que implica delimitar los términos, se podría llegar a la conclusión de que la extinción de la patria potestad quedaría encuadrada en los efectos que provocaría la aplicación del art. 169 C.c. y supondría una situación definitiva en cuanto implicaría la imposibilidad de recuperación de la misma. La privación se produce cuando así lo acuerda una sentencia judicial y en virtud de lo dispuesto en el art. 170 C.c. Este caso implica el nombramiento de tutor ordinario, o varios tutores si es necesario, viéndose los progenitores privados de la patria potestad, perdiendo, en consecuencia, la titularidad de la misma, pero pudiendo recuperarla cuando cese la causa que la motivó, y siempre que beneficie al hijo. Y, por último, tenemos el caso de la tutela *ex lege*, contemplada en el art. 172 C.c., en el que la patria potestad está suspendida, es decir, se ha suspendido el ejercicio de las funciones tutelares, pero los progenitores ostentan la titularidad, y en base a ello y en beneficio de los hijos, pueden realizar todas las funciones que a estos les beneficie, por ejemplo, actos de gestión patrimonial.

¹¹⁰ CASTÁN VÁZQUEZ: *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 574 y 575.

6.2.- La tutela: en particular, la tutela de los menores en situación de desamparo

La plena capacidad de obrar, entendida como absoluta aptitud para autogobernarse, se alcanza con la edad y el pleno desarrollo de las facultades físicas e intelectuales. Por consiguiente, en el caso de los menores de edad (y también mayores faltos de plena capacidad) resulta necesario que se les represente y complete su ausencia de capacidad, función que, como acabamos de ver, cumple la patria potestad a través de los progenitores. Sin embargo, puede suceder que falten los progenitores o que, existiendo, no puedan desempeñar la patria potestad porque se den determinadas circunstancias que lo hagan imposible (por ejemplo, una enfermedad, la ausencia prolongada o un ingreso en prisión). Teniendo en cuenta lo dicho, resulta evidente la posibilidad de que existan menores faltos de guardia y representación legal, o mayores faltos de capacidad, lo que implica la necesidad de que los Ordenamientos jurídicos se vean obligados a prever y proveer esta contingencia. De este modo, surge la exigencia de establecer una institución inspirada en la patria potestad, que realice sus funciones y, en cierta medida, la supla. Esta institución de guarda legal es la tutela, que tiene una finalidad protectora y se ejerce en interés de quien queda sujeto a ella, no de quien la ejerce, consistiendo su objeto en un conjunto de derechos y deberes dirigidos a suplir la falta de capacidad de quienes no están bajo la patria potestad¹¹¹.

En nuestro sistema jurídico, el art. 215 C.c. establece que la guarda y protección de las personas y bienes, o solamente de la persona o de los bienes de los menores (o incapacitados judicialmente) se realizará, en los casos que proceda, mediante tutela, curatela o defensor judicial.

Dejando a un lado tanto la curatela (arts. 286 a 297 C.c.), a la que están sujetos los menores emancipados, los que obtengan el beneficio de mayor edad, los pródigos y los incapacitados judicialmente y que, como es sabido, consiste en una asistencia o complemento de la capacidad de dichas personas, como el defensor judicial (arts. 299 a 302 C.c.), figura ésta que es nombrada en caso de confrontación de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o de mal desempeño de las funciones del tutor o el curador, así como en el caso de la persona desaparecida *ex art.*

¹¹¹ LETE DEL RÍO, José Manuel: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, (ALBALADEJO, dir.), Tomo IV, Edersa, 1978, pág. 143.

181 C.c., tratándose, por tanto, de un cargo ocasional o esporádico, pasamos a centrarnos en la figura jurídica de la tutela, mecanismo de representación legal sustitutiva de la falta de capacidad del pupilo contemplado en los arts. 215 a 285 C.c.

Conforme dispone el art. 222 C.c., estarán sujetos a tutela, en primer lugar, los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. En segundo lugar, los incapacitados, cuando una sentencia lo haya establecido. En tercer lugar, los sujetos a patria potestad prorrogada al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. Y, en cuarto lugar, los menores que se hallen en situación de desamparo. Sólo en estos casos procede constituir la tutela¹¹².

En tales supuestos podemos encontrarnos dos modalidades de la tutela: la ordinaria, la cual se constituye judicialmente; y la automática o por ministerio de la Ley, declarada y asumida por una Entidad pública y a la que quedan sujetos los menores de edad (e incapacitados judicialmente, como veremos) declarados en situación de desamparo.

Permítasenos no entrar en el estudio del régimen jurídico de la tutela ordinaria, para centrar nuestra atención en la tutela legal de los menores o incapacitados en situación de desamparo.

6.2.1- La tutela administrativa del menor o incapacitado desamparado

Los precedentes normativos de la tutela *ex lege* de la Administración pública los encontramos en la Orden de 1 de abril de 1937, sobre colocación familiar. Esta norma establece la tutela legal de la Administración y, por tanto, constituye un precedente de la actual tutela *ex lege* atribuida a las Administraciones Públicas. La Orden regulaba el servicio de “colocación familiar” de los menores huérfanos y abandonados.

Según dicha norma, las familias acogedoras tenían atribuidas las funciones inherentes a la guarda: el deber de alimentar, vestir y educar a los menores. Ahora bien, la tutela de estos menores correspondía a la Administración. En efecto, el art. 9 de la

¹¹² Como señala SERRANO FERNÁNDEZ, María: “Comentario al art. 222 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 348, “la enumeración de los supuestos en los que procede constituir la tutela tiene carácter taxativo”.

Orden disponía que la colocación familiar es una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados y atribuye (quizá por analogía con el entonces art. 121 C.c. para los niños recogidos en establecimientos benéficos) la tutela a las Juntas Locales, tutela que ejercerán bajo la inspección de la Junta Provincial y el Gobierno. En ejercicio de esta función tutelar, las Juntas Locales quedaban obligadas a vigilar que las familias acogedoras cumplieran debidamente sus obligaciones. Sin embargo, la tutela de la Administración no alcanzaba a la administración de los bienes del menor, función que correspondía al Consejo de Familia en aplicación de lo dispuesto en el C.c.

Asimismo, en el Decreto de 23 de noviembre de 1940, de protección a los huérfanos de la Revolución y la Guerra, encontramos también un precedente de la atribución de la tutela *ope legis*. En el art. 2 del Decreto se establece que la protección del Estado a los huérfanos de la revolución y la guerra consistirá en hacer frente, con cargo al “Fondo de Protección Benéfico social”, a su subsistencia y educación y en “prestar el más vigilante cuidado a su proceso formativo, al objeto de que éste se verifique en condiciones de adhesión a los ideales y principios profesados por el Estado”. La guarda y cuidado de estos menores se atribuía, por el siguiente orden, a la propia familia, a personas de reconocida moralidad, al “auxilio social” del movimiento o a los establecimientos benéficos fundados por las Corporaciones públicas o las entidades de beneficencia privada (art. 3). Según establecía el art. 4, las referidas personas o instituciones públicas o privadas, a quienes se encomendaba la guarda y dirección de los huérfanos, ostentaban a todos los efectos jurídicos el carácter de tutor legal¹¹³.

En la actualidad, el cuarto supuesto de hecho contemplado por el art. 222 C.c. e introducido por la Ley 21/1987, conecta directamente con lo dispuesto por los arts. 172.1 y 239 del mismo Cuerpo legal.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la situación de desamparo se encuentra definida en el art. 172.1 C.c. Según el contenido del mismo, 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,

¹¹³ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit., Id. vLex: VLEX-400135870, <http://vlex.com/vid/400135870>.

por ministerio de la ley, la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas necesarias para la guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificándosele, en legal forma, a los padres, tutores o guardadores. La asunción de la tutela por 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 beneficien a éste.

La tutela de las Entidades Públicas tiene lugar respecto de los menores en situación de desamparo. Se trata de una tutela regulada en el Título X del Libro I del C.c., en concreto, en sus arts. 222.4º y 239, párrafo primero, de naturaleza especial, cuyas principales características son: recae sobre menores e incapaces en situación de desamparo; es automática o *ex lege*, esto es, sin ninguna declaración judicial tras la reforma de la Ley 21/1987; provisional (aunque puede convertirse en definitiva); administrativa o de titularidad pública; y delegable en su ejercicio a través del acogimiento.

En opinión de ROGEL VIDE, hemos de calificar la tutela *ex lege* como un tipo de tutela provisional y residual, es decir, sólo para el caso en los que fuera imposible el nombramiento de tutor, puesto que la atribución de la tutela a la Entidad pública no significa prescindir de toda la normativa de patria potestad y la tutela del C.c.¹¹⁴.

Lo cierto es que la tutela administrativa, si bien surge como una medida de carácter provisional tendente a proteger de forma urgente e inmediata a los menores (hoy, también, a los incapacitados) que se hallan en situación de desamparo, se transforma, en muchas ocasiones, más de las deseables, en un instrumento de protección permanente y estable de los menores o incapacitados desamparados, convirtiendo en relativa esa pretendida provisionalidad, ya que la misma queda desvirtuada en los supuestos en que no existan o no se hallen las personas que pueden asumir la tutela ordinaria, no sea posible la adopción del menor o la reinserción en su familia de origen, o cualquiera de estas medidas no responda al mayor beneficio del menor.

Con mayor motivo cabe predicar lo afirmado en relación a la tutela automática de incapaces, caso en el que resulta muy difícil (dejando a salvo la constitución de una

¹¹⁴ ROGEL VIDE: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 679. En el mismo sentido, MORENO-TORRES SÁNCHEZ: *El desamparo de menores*, cit., pág. 33, para quien es residual y subsidiaria.

tutela judicial ordinaria) tanto la reintegración con la familia de origen como la adopción del incapacitado, máxime si tenemos en cuenta la absoluta imprevisión legal al respecto al haber introducido este nuevo supuesto de tutela administrativa la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del C.c., de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPPD), que añade un nuevo párrafo al art. 239 de nuestro Código decimonónico¹¹⁵.

Una interpretación meramente literal de la normativa que estableció la Ley 21/1987 conduce a la conclusión de que, dado que la Entidad pública está legitimada para decidir y declarar la situación de desamparo en cada caso concreto y, por la tanto, para asumir automáticamente la tutela al dictar la resolución de desamparo, que deberá remitir al Ministerio Fiscal, así como a los titulares de la patria potestad o tutela, informándoles de su derecho a acudir a la vía judicial, la declaración de desamparo conlleva, también de forma automática, la privación de patria potestad o la extinción de la tutela, y que el control judicial se produce *a posteriori*.

En opinión de LETE DEL RÍO, la cual nosotros compartimos rotundamente, tal interpretación no es aceptable dado que da lugar a posibles abusos que, en la práctica, desgraciadamente, son frecuentes, puesto que es habitual el hecho de que un asistente social, por razones inherentes a su propia profesión, proponga y el Órgano Administrativo acuerde una resolución que implica privar a los padres del hijo y viceversa, para ser confiado en acogida a una familia alternativa o ingresado en una institución pública, utilizando la fuerza pública, en caso que a ello se negaran los progenitores. Lo que lleva a concluir que mediante esta vía, se puede llegar a legitimar

¹¹⁵ Con la LPPPD (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003), se añade un nuevo párrafo al art. 239 C.c. en virtud del cual la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces, cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 C.c. sea nombrada tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. La automaticidad de esta tutela sobre los incapacitados, atribuida a la Entidad Pública competente, según PALOMINO DÍEZ, conlleva una equiparación acerca de la naturaleza de la tutela de las Entidades Públicas sobre menores desamparados en principio, sin perjuicio de matizaciones posteriores, predicable en torno a la tutela legal sobre incapaces desamparados. PALOMINO DÍEZ, Isabel: “La discutida naturaleza de la tutela de las Entidades Públicas del art. 172.1 C.c.”, en *Actualidad Civil*, 2005, núm. 11 [LA LEY 1295/2005].

una especie de “confiscación” de los hijos de padres con escasez de recursos económicos.

Compartiendo el parecer LETE DEL RÍO, consideramos que dicha interpretación, en primer lugar, contraviene el art. 39 CE en cuanto a la protección de la familia se refiere. En segundo lugar, no es coherente con exigir el control judicial para el internamiento de menores e incapaces y, en cambio, excluirlo para decretar una situación de desamparo. Y, en tercer lugar, no ha sido derogada la normativa que el C.c. dedica a la patria potestad y a la tutela, por lo que entra en contradicción con el art. 158.3º C.c., según el cual, únicamente la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre menores en contra de la voluntad de sus padres o tutores, con el 170 C.c. que propugna la necesidad de sentencia judicial para privar de patria potestad a los padres de un menor, y con los arts. 248, 249, y 250 C.c. por lo que respecta al nombramiento y remoción de tutores¹¹⁶.

Así las cosas, la consecuencia de la tutela legal es la suspensión automática del ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria anterior, pero no, como ya hemos tenido ocasión de señalar, en cuanto a su titularidad (art. 172.1.III C.c.). Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, coexiste la titularidad de la patria potestad con la tutela automática de la Entidad pública y, si es necesario, ésta solicitará al Juez la privación de patria potestad (puesto que los progenitores tienen la patria potestad suspendida en base a la declaración de desamparo, lo que no implica que se haya extinguido, por ello siguen ostentando la titularidad de aquella). Es la desprotección en la esfera personal del menor lo que origina que se adopte la tutela de la Entidad pública, por lo que los progenitores o tutores pueden llevar actos patrimoniales si benefician a aquél; en caso contrario, la Entidad pública puede asumir también la administración de los bienes del menor.

En este sentido, considera ROGEL VIDE que, por lo que al contenido de la tutela *ex lege* respecta, dependiendo de las circunstancias, se extenderá a la guarda y

¹¹⁶ LETE DEL RÍO: *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 733 y 734. En su comentario concluye con la idea, que nosotros compartimos, que tal vez se debería hacer una interpretación contraria de esta normativa, puesto que resultaría más adecuado, que la Entidad Pública pudiera pedir y proponer al Juez la resolución de desamparo, para que fuera decretada por la autoridad judicial, puesto que con una declaración judicial de desamparo se produce la privación de patria potestad y la automática asunción de la tutela por parte de la Entidad Pública, sin necesidad de constituir una tutela ordinaria.

protección de la persona y bienes del menor. La Entidad pública, en el ejercicio de esta tutela, tendrá competencias similares a las que el C.c. atribuye al defensor judicial, al Ministerio Fiscal y al administrador de los bienes del menor, pero no las del tutor definitivo, dado el carácter transitorio de esta tutela¹¹⁷.

Respecto al procedimiento que deben seguir los padres o guardadores que se opongan a las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por la entidad, hay que tener en cuenta que el art. 172.6 C.c. prescinde de la vía administrativa y, al tratarse de una cuestión civil, queda sometida a los tribunales de dicho orden jurisdiccional¹¹⁸.

En cuanto a la inscripción en el Registro Civil de la tutela administrativa, no se previó ello en la Ley 21/1987, ni tampoco en la LOPJM. En base a ello, la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN), en su R. de 22 de junio de 1996¹¹⁹, no la considera inscribible, pues entiende el Centro Directivo que dicha tutela por ministerio de la Ley debe considerarse supletoria, en el sentido que, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para el menor. Por ello, la tutela asumida por las Entidades públicas no se puede considerar una tutela ordinaria encuadrable en el art. 218 C.c., sino la consecuencia que, en orden a la protección del menor y por imperio de la ley, se produce cuando existe una situación de desamparo. Es, pues, dicha situación de desamparo la que *de facto* desencadena todo el procedimiento de protección y debe cesar tan pronto como desaparezca la causa que la motivó.

Y teniendo en cuenta que, únicamente, la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre los menores en lo que a la privación total o parcial de la patria potestad se refiere (cfr. art. 170 C.c.), según la citada R. de 22 de junio de 1996, la Dirección General concluye afirmando que la suspensión a que hace referencia el art. 172 C.c. es consecuencia del hecho del desamparo. Es decir, se declara el desamparo porque

¹¹⁷ ROGEL VIDE: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 697.

¹¹⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2001, pág. 290.

¹¹⁹ RJ 1996, 6185.

precisamente no se están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, y es esto lo que de hecho conduce a la suspensión de su ejercicio, pero no en cuanto a su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado (cfr. art. 172.1.III C.c.). En todo caso, los padres han de poder, si la situación de desamparo desapareciera, solicitar el auxilio de la autoridad judicial para recuperar al menor desamparado (cfr. art. 154 C.c.), sin perjuicio de que puedan confiar la guarda del menor a la Entidad pública (cfr. art. 172.2 C.c.). Es esta nota de provisionalidad o interinidad la que lleva forzosamente a la DGRN. a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la Ley, y, por ende, lo que es causa y al mismo tiempo efecto de esa situación de desamparo, es decir, la suspensión de la patria potestad.

En la nueva LRC no se contempla de manera expresa, en su art. 4¹²⁰, como hecho o acto inscribible, la tutela *ex lege*. Sin embargo, en su art. 11, que lleva por rúbrica “*Los derechos ante el Registro Civil*”, aparece, en su apartado i), como uno de los derechos de las personas ante el Registro Civil, “*el derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, personas con capacidad modificada judicialmente, personas con discapacidad y personas mayores*”, con lo cual, actualmente, parece abrirse la posibilidad de la inscripción de la tutela legal.

6.2.2.- La tutela ordinaria y la situación fáctica de desamparo

Hasta ahora hemos visto cómo ante una situación fáctica de desamparo interviene de forma automática la Administración, suspende a los padres el ejercicio de

¹²⁰ Art. 4. Hechos y actos inscribibles: “*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: 1.º El nacimiento; 2.º La filiación; 3.º El nombre y los apellidos y sus cambios; 4.º El sexo y el cambio de sexo; 5.º La nacionalidad y la vecindad civil; 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad; 7.º El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio; 8.º El régimen económico matrimonial legal o pactado; 9.º Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones. 10.º La modificación judicial de la capacidad de las personas, así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas. 11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 13.º La autotutela y os apoderamientos preventivos. 14.º Las declaraciones de ausencia y fallecimiento. 15.º La defunción*”.

la patria potestad y se atribuye la tutela del menor (o incapacitado), sin que haya intervenido la autoridad judicial. Como ya hemos tenido ocasión de subrayar, no ha privado a los padres de patria potestad, puesto que sólo mediante sentencia es posible la privación, y tampoco se ha extinguido, puesto que, a nuestro entender, la extinción sólo se produce en los casos que recoge el art. 169 C.c.

Pero qué ocurre ante un menor, que se encuentra en situación fáctica de desamparo, acogido de hecho por personas del entorno y dónde no ha intervenido la Entidad pública.

Pues bien, si teniendo en cuenta que de la declaración administrativa de desamparo nace la tutela automática de carácter legal a favor de las Entidades públicas *ex art. 172 C.c.*, tal como alude el art. 239, pfo. 1º del mismo Texto legal, según este precepto puede también deducirse que existe la posibilidad de apreciar otro desamparo que, no siendo el administrativo que otorgaría automáticamente aquella tutela, concede la posibilidad de asignar la tutela a aquellas personas relacionadas con el menor a las que alude al pfo. 2º del citado art. 239 C.c.

De hecho, en la práctica forense, no es infrecuente encontrar casos de menores privados de asistencia moral y material por parte de sus padres biológicos, titulares de la patria potestad que no la ejercen en beneficio de su hijo, tal como prescribe el art. 154 C.c., quien es acogido de hecho por personas, bien de su familia o bien ajenas a ella, dándose la circunstancia de un menor bien cuidado, pero acogido de hecho por personas que no son ni sus progenitores, ni sus tutores.

Al respecto, hasta la STS. de 27 de octubre de 2014¹²¹ era contradictoria la jurisprudencia de las AAPP. en torno a si, cuando los progenitores incumplen los deberes inherentes a la patria potestad y existe un guardador de hecho que suple estos deberes, determina que el menor no se halle en situación de desamparo, y por ende, no se considere pertinente la declaración por parte de la Entidad pública del desamparo del menor y la asunción de la tutela sobre el mismo por ministerio de la Ley. Según afirma el Alto Tribunal, en la reciente Sentencia, “(...) *para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a*

¹²¹ RJ 2014, 5183.

las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

En aras del principio del *favor minoris*, ante situaciones como la descrita, la DGRN.¹²² establece que la tutela por ministerio de la Ley debe considerarse supletoria, en el sentido de que, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

La doctrina jurisprudencial¹²³ considera que es posible proceder a la constitución de la tutela ordinaria de un menor declarado en situación de desamparo sin que sus padres hayan sido privados de la patria potestad. Así, el AAP. de Girona de 28 de enero de 1998¹²⁴ señala en su FJ. 3º que, “*si bien la regla general es que la Administración Pública asuma la tutela de forma automática de los menores en situación jurídica de desamparo, nada impide que de existir una persona que pueda asumirla y ello redunde en beneficio del menor a ella pueda nombrársela tutora por la vía ordinaria para tal designación, cual es un expediente de jurisdicción voluntaria. Siendo así que en el presente caso se encuentra en marcha un procedimiento de esta naturaleza, que de lo actuado resulta la idoneidad de los demandantes para desempeñar la tutela de sus*

¹²² Vid. RDGRN. de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6185).

¹²³ En este sentido, DIEZ GARCÍA, Elena: “Desamparo de menores y acogimiento”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. III, 1999 [BIB 1999\1429].

¹²⁴ AC 1998, 33.

sobrinos, que el padre de éstos ha sido oído mostrando su conformidad y que se les ha declarado en desamparo, procede nombrarles tutores”¹²⁵.

La AP. de Castellón, en su Auto de 29 septiembre de 2005¹²⁶, también considera que, aunque la regla ordinaria sea la declaración del desamparo administrativo y el nacimiento de la tutela legal que prevé el art. 239 pfo. 1º C.c., no significa que la situación de desamparo, como verdadera situación fáctica, no pueda ser apreciada por un Tribunal a los efectos del supuesto excepcional que prevé el pfo. 2º del indicado art. 239, sin necesidad de que haya sido declarada por la Entidad pública, y a fin de considerar la posibilidad del nombramiento de un tutor conforme las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

En definitiva, no todo expediente de tutela que tenga origen en una desasistencia moral o material de un menor está condicionado en su inicio o posibilidad de incoación a la declaración administrativa de desamparo. Preciso es subrayar que la vía del art. 239 pfo. 2º C.c. es excepcional, y como tal debe ser contemplada, siempre que concurren las premisas y se considere beneficioso para el menor¹²⁷.

¹²⁵ En términos similares se pronuncia la AP. de Sevilla (Sección 2ª) en el FJ. 2º del Auto de 25 de enero de 2011 (JUR 2011, 335338): “*Tal como este mismo Tribunal ha declarado en el Auto de 17 de Noviembre de 2010, recaído en el Rollo de apelación 6.579/2010, es cierto que la constitución de la tutela respecto de un menor de edad exige, según el art. 222, apartados 1º y 4º del Código Civil, que no se encuentre bajo la patria potestad, o que se halle en situación de desamparo, y también es cierto que, como regla general, el desamparo, definido en el art. 172 del Código Civil, se constituye formalmente mediante la declaración administrativa de la Entidad pública competente, susceptible de revisión judicial, y determina el nacimiento de la tutela legal. Sin embargo, la situación fáctica de desamparo puede ser constatada y apreciada por un Tribunal en orden a la operatividad del supuesto excepcional que prevé el art. 239, párrafo 2º del Código Civil, de modo que sea admisible la designación de tutor conforme a las normas ordinarias caso de existir personas que, por sus relaciones con el menor, desasistido por parte de sus progenitores, puedan asumir la tutela con beneficio para el mismo*”.

¹²⁶ JUR 2005, 274584.

¹²⁷ Según el AAP. de Cuenca de 24 de julio de 1995 (AC 1995, 1598): “*Después de la reforma operada por la Ley Orgánica 21/1987, de 11 noviembre, la función protectora de los menores de edad ha sufrido una gran transformación y una manera nueva de entender la misma, regulando nuevas instituciones tales como la tutela automática y la guarda y acogimiento familiar en los supuestos de desamparo del menor, así como una nueva concepción de la adopción. El art. 222 del C.c. somete a tutela, no sólo a los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, sino también a aquellos que se encuentren «en situación de desamparo»; surge en este último caso el supuesto de «tutela automática» que, con carácter residual y por ministerio de la ley, se encomienda a las entidades públicas encargadas de la protección de los menores, sin intervención judicial, siempre y cuando el menor se encuentre desamparado, situación que define el art. 172 del C.c. como la que deriva del incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes y que como una variedad de su manifestación se concreta en el incumplimiento de los mínimos deberes de atención exigidos por la*

Y es que a veces, se parte de una situación en la que los parientes del menor desamparado ejercen ya una guarda de hecho sobre él. De este modo, resulta que lo que realmente acontece es que éste no se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material que justificaría que se le declarase en situación de desamparo. En tales casos, la constitución de la tutela ordinaria debería pasar necesariamente por la privación o suspensión (como ya se ha tenido ocasión de precisar, la “privación” no siempre implica extinción, dado que la “privación” se ajusta al tiempo y la forma; sin embargo, la “extinción” tiene carácter definitivo y absoluto, por ello, tanto la suspensión como la extinción implican privación solo que en el primer caso, será temporal y en el segundo definitiva) de la patria potestad a los padres del menor, dada la incompatibilidad entre ambos sistemas de guarda.

Éste es el supuesto contemplado en el Auto de la AP. de Asturias de 13 de julio de 1998¹²⁸. En este caso, se trataba de un menor al que se declaró en situación de desamparo al encontrarse el padre en prisión y la madre en paradero desconocido. Ante tal situación, la Entidad pública procedió a instar la constitución judicial de un acogimiento a favor de su abuela paterna, quien decidió oponerse promoviendo, a su vez, la constitución de la tutela ordinaria. El Tribunal, después de analizar la situación

conciencia social más común, no sólo en el aspecto material y físico, sino también al orden moral y de representación que debe ostentar quien ejerce la patria potestad o la tutela en defensa de los intereses del menor (arts. 269 y 267 del C.c.), y de cuyo «automatismo» se puede prescindir cuando «existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste» (art. 239 del C.c.). Se busca así, descendiendo de lo abstracto al caso particular, la protección integral del menor -«tout pour l'enfant»-, que se recoge, no sólo en el art. 39 de nuestra Constitución sino también en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en 20 noviembre 1989, y termina proclamándose tanto en el art. 216 del C.c. al decir que las funciones tutelares «se ejercerán en beneficio del tutelado», como respecto del adoptado (arts. 176.1º y 180 del C.c.)» (FJ. 1º).

En la misma línea, el AAP. de Asturias (Sección 4ª) de 12 noviembre de 2002 (JUR 2003, 91361): “Ahora bien, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en Auto de fecha 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6279), el artículo 239 del Código Civil, tras establecer que la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172, también dispone que, sin embargo, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste; de cuyo precepto, en relación con los contenidos en los artículos 172 y siguientes, cabe deducir que el acogimiento constituye la solución establecida con carácter general para los casos de desamparo, pero es compatible con la designación del tutor en la forma ordinaria en los supuestos específicos que aquel precepto contempla, siendo preferible esta última solución si se reputa más beneficiosa para el menor, cuyo interés debe prevalecer sobre cualquier otro legítimo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor” (FJ. 3º, pfo. 2º).

¹²⁸ AC 1998, 6279.

del menor en relación con sus padres biológicos, sostiene en el FJ. 2º de su resolución que *“la situación de desamparo no impide el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste, como prevé el artículo 239, la cuestión fundamental que debe dilucidarse es la de si el hecho de que sobreviva la madre biológica impide la designación de tutor, hasta el momento del fallecimiento de aquélla (...), cuestión que debe resolverse en armonía con el principio fundamental recogido en el artículo 2 de la LOPJM, que proclama el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

En el FJ. 3º del citado Auto, se analiza el problema de la subsistencia de la patria potestad de la madre. La Sala llega a la conclusión de que esta subsistencia resulta irrelevante en el caso enjuiciado, dado el incumplimiento reiterado, por parte de la madre, de los deberes que ella implica, y *“ante la discordancia entre la situación legal indicada y la situación real concurrente, caracterizada por un continuado y total incumplimiento por parte de la madre de los deberes inherentes a la patria potestad establecidos en el artículo 154, la Sala estima que se debe atender al preferente beneficio e interés del menor y dentro de las amplias facultades que el artículo 158 atribuye a los Tribunales, entiende que procede la adopción de las medidas cautelares adecuadas para atender a las necesidades del menor, y acceder al nombramiento de tutor, en la medida que tal designación habrá de redundar en beneficio del menor referido, poniéndolo bajo el cuidado de quien velará por su persona y bienes en los términos previstos por la Ley”*.

Y continúa afirmando en su FJ. 4º: *“puesto que el nombramiento de tutor en la forma ordinaria no es incompatible con las situaciones de desamparo y acogimiento, según se deduce del tenor del artículo 239 del Código Civil, y la ausencia en ignorado paradero de la madre biológica no puede constituir un obstáculo para la adopción de las medidas convenientes al interés del menor, reputándose que la designación de tutor ha de redundar en beneficio del menor, por cuanto se concentrarían así en una sola persona cuantas facultades de representación, guarda y custodia establece la Ley, y puesto que la persona a designar es la abuela paterna, quien ha venido atendiendo al menor durante los últimos años y con la que éste se halla plena y satisfactoriamente*

integrado, según resulta de los informes de seguimiento procedentes de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Principado de Asturias, ha de accederse a lo solicitado”.

En el caso enjuiciado por la AP. de Sevilla, en su Auto de 25 de enero de 2011¹²⁹, frente al pronunciamiento de primer grado, que declaraba a la menor en situación de desamparo respecto de su padre, cuya patria potestad quedaba en suspenso, y se nombraba tutora a su tía, interpuso recurso de apelación el Ministerio Fiscal, solicitando su revocación al reputar improcedente el nombramiento de tutor por estar la menor bajo la patria potestad del padre (FJ. 1º). En el supuesto enjuiciado, la menor, era huérfana de madre, se encontraba desconectada de su padre y en situación de abandono respecto del mismo y se hallaba bajo el cuidado y la guarda de su tía materna, y parte actora en el procedimiento de instancia. De este modo, la menor se encontraba en situación fáctica de abandono respecto de su progenitor paterno y contaba con una familia extensa, hermana de su difunta madre, que había asumido la guarda y custodia de la misma, con consentimiento del padre, cubriendo sus necesidades y atenciones y pudiendo desempeñar funciones tutelares en beneficio de la propia menor. Concurría, en definitiva, el supuesto fáctico que describe el art. 239.2º C.c., y que, de modo excepcional, permite la constitución de la tutela ordinaria, con suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte del padre. De ahí que el recurso de apelación articulado por el Ministerio Fiscal no fuera acogido, lo que comportó la confirmación de la resolución judicial combatida, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas de alzada.

Por último, sobre si cabe la posibilidad de que los padres de un menor, ya declarado en desamparo por la Administración pública, pudieran designar tutor o guardador legal, teniendo en cuenta que no han sido privados de la patria potestad conforme dispone el art. 170 C.c. puesto que no existe sentencia que declare la extinción de la misma, sino que, simplemente, se les ha suspendido el ejercicio de la misma y aún ostentan la titularidad de la misma, creemos que es materialmente imposible puesto que se consideraría una acción incluida en el ejercicio de la patria

¹²⁹ JUR 2011, 335338.

potestad, el cual ha sido suspendido automáticamente al asumir la Administración la tutela *ex lege*.

Ahora bien, si los padres designan a una persona como tutor de su hijo, y, a su vez, el designado insta un procedimiento de tutela ordinaria, podría existir la posibilidad de que esa pretensión fuera estimada siempre que resultara beneficioso para el menor. Pero, de no ser así, la designación de tutores por parte de los titulares de la patria potestad cuando ésta se encuentra suspendida como consecuencia de la declaración de desamparo creemos que no sería viable, puesto que, una vez decretado el desamparo y asumida la tutela *ex lege*, se desposee a los padres de todo tipo de derechos que por ley pudieran ostentar en relación a sus hijos.

Como opina ROGEL VIDE, no es justo, actuando en base al contenido del art. 172.1 C.c., privar a los padres, no solo de la compañía de sus hijos, sino de todos los restantes poderes sobre su hijo, si el inadecuado ejercicio de los deberes de protección se debe a razones puramente económicas, o debido a problemas de salud, cuando resulta que éstos están tan desamparados como sus propios hijos. Pero la redacción literal del art. 172.1 C.c. se resiste, sin embargo a una interpretación flexible del desamparo. Y lo impiden dos expresiones del precepto. Primeramente, con la expresión “*de hecho*” se dispone la necesidad de atender a datos puramente externos, sin entrar a valorar causas ni intenciones. El resultado de esto es que con ello se perjudica a quien no tiene culpa del infortunio. Y en segundo lugar, con el último inciso del precepto que recoge la expresión “*cuando queden privados...*” perjudica a aquellos padres o tutores respecto de los cuales se produzca en un momento dado. Aunque sea de forma transitoria y humanamente inevitable, un desamparo es una “falta de asistencia” aunque se produzca sin voluntad exteriorizada de provocar ese abandono. Y es que a pesar de los resultados injustos que provoca, la noción de desamparo viene a sustituir a la noción clásica de abandono, que aunque no implique un acto culpable, el resultado que produce es una situación de hecho objetiva de necesidad y carencia¹³⁰.

La respuesta al fondo del asunto aparece clara en nuestro C.c., para lo cual ha de ponerse en concordancia su art. 222.4º, según el cual estarán sujetos a tutela los

¹³⁰ ROGEL VIDE: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 695.

menores que se hallen en situación de desamparo, entendiéndose por ello la situación que se produce de hecho, a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de asistencia moral o material (art. 172.1, pfo. 2º C.c.); su art. 229, en tanto que obliga a promover la constitución de tutela a la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor; su art. 231, el cual preceptúa que el Juez constituirá la tutela previa audiencia de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del menor si tuviere suficiente juicio y siempre que sea mayor de doce años; y su art. 234.1º, en tanto que contiene la prelación de personas para el nombramiento de tutor, prefiriéndose, según el punto 1º del citado precepto, al designado por el propio tutelado en caso de incapacitación, pero en el penúltimo párrafo de este artículo, se recoge que, excepcionalmente el Juez en resolución motivada, podrá alterar el orden o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor así lo exigiere, considerándose beneficiosa para el menor la integración en la vida de la familia del tutor.

Ésta es la corriente jurisprudencial seguida, entre otras, por la AP. de Castellón, en su Auto de 29 septiembre de 2005¹³¹, en el cual se recoge un caso de un menor en

¹³¹ JUR 2005, 274584. En dicha ocasión, se recurría el Auto de fecha de 1 de abril de 2005 dictado por el JPI. nº 7 de Castellón en expediente de jurisdicción voluntaria sobre tutela seguido en dicho Juzgado en el que se acordaba denegar la constitución de la tutela del menor a favor de quien promovía el expediente por entender que al no encontrarse el niño en situación legal de desamparo y estando a su vez sujeto a la patria potestad de su madre, no procedía acceder a la tutela, si bien, el Juzgado de Primera Instancia acordaba remitir testimonio de lo actuado a la Dirección Territorial de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana a los efectos oportunos. En base a ello, la apelante considera que el Juzgador de instancia incurrió en un error habida cuenta de que era posible la verificación de la situación de desamparo al margen de que la Entidad Pública territorial lo hubiere declarado anteriormente, situación ésta que se prevé en el art. 222.4 C.c. y que permite la aplicación del art. 239 pfo. 2º C.c., sin que para ello tuviera importancia el hecho de que la madre del menor desamparado no estuviere privada de patria potestad.

La AP. estima el recurso, considerando que le asiste la razón a la apelante pues cabe dejar al margen el dato de que el menor esté bajo la patria potestad de su madre, habida cuenta de que el sentido de la pretensión deducida en este expediente no reside en el supuesto nº 1 del art. 222 C.c., sino en el supuesto autónomo nº 4 del mismo, que no precisa de aquella condición. Y el art. 239 del C.c. establece que la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la Entidad a que se refiere el art. 172, además tal situación de desamparo de acuerdo con este último precepto ha de considerarse como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores, caracterizada, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias. Es esto lo que determina de ordinario la tutela automática por ministerio de la ley de dichos menores por parte de la Entidad Pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.

En dicho Auto, al considerar que el desamparo es una mera situación de hecho hay que referirlo propiamente a los padres biológicos en relación a los cuales resulta la imposibilidad de ejercicio de los

desamparo de hecho aunque asistido moral y materialmente por una persona ajena a la familia, y a quien, finalmente, se le concede la tutela, sin intervención de la Entidad pública y conservando la madre la patria potestad, aunque nunca la había ejercido.

A nuestro entender, de este modo se consigue dar una salida práctica a determinados casos de guarda de hecho (arts. 303 y 304 C.c.). Según la AP. de Pontevedra, en el FJ. 4º de su Sentencia de 15 octubre de 2013¹³², considera que la guarda de hecho supone, en esencia, que el menor vive con persona distinta de sus padres que cuida y se ocupa de él sin previa intervención administrativa o judicial ni formalidad legal alguna. El guardador de hecho alimenta y cuida al menor, lo tiene en su compañía y le proporciona una formación. Es claro, por tanto, que si el guardador cumple adecuadamente estas funciones no existirá desamparo porque el menor dispondrá de la necesaria asistencia moral y material, y el presupuesto de desprotección que exige el art. 172.1 C.c. no se dará. Aún más, la guarda de hecho misma debe

deberes de protección establecidos por las leyes y relativos a la patria potestad, siendo posible, entonces, que un menor esté en situación de desamparo y, sin embargo, al permanecer bajo la guarda de hecho de algún familiar, tenga cubiertas la asistencia material o moral a que alude el art. 172.1 C.c. Ahora bien, que la regla ordinaria sea la declaración del desamparo administrativo y el nacimiento de la tutela legal que dispone el art. 239 pfo. 1º C.c. no significa que esa situación de desamparo que se acaba de describir como situación de hecho, no pueda ser apreciada por un Tribunal a los efectos precisamente del supuesto excepcional que prevé el pfo. 2º del indicado art. 239 a fin de verificar la posibilidad del nombramiento de tutor conforme las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

Es decir, si de la declaración administrativa de desamparo nace la tutela automática de carácter legal a favor de las Entidades a las que alude el art. 239, puede entenderse que existe la posibilidad de apreciar otro desamparo que, no siendo el administrativo, otorgaría automáticamente aquella tutela, conceda la posibilidad de decidir la tutela a aquéllas de las personas relacionadas con el menor a las que alude al pfo. 2º del art. 239.

En definitiva, como ya hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad, la jurisprudencia mantiene que no todo expediente de tutela que tenga origen en una desasistencia moral o material de un menor, está condicionado en su inicio o posibilidad de incoación, a la declaración administrativa de desamparo.

¹³² AC 2013, 1957. Este es el caso de una menor que no se halla desamparada ni física, ni moral ni materialmente, sino que, ante el expreso reconocimiento de sus padres de ser incapaces de enfrentarse al reto que supone la paternidad-maternidad, han solicitado el auxilio de los abuelos paternos, los que no solo desempeñan las funciones de asistencia correctamente, sino que además están dispuestos a seguir haciéndolo. No se trata, a juicio de la AP., de valorar el concepto de desamparo a que puede estar sometido la menor, sino sencillamente de si tiene amparo con los abuelos, lo cual comprende ya de por sí la valoración -que es ínsita al mismo juicio de valor- de si quien desarrolla esta función es/son las personas idóneas para ello. Si lo son, como es el caso, no entra en aplicación el art. 239.3 C.c., sino el párrafo 2, esto es, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste. Ello aun cuando no esté en condiciones de ser sometida a tutela (porque los progenitores no están privados de patria potestad ni se dan los presupuestos para el desamparo), pero sí la figura del guardador de hecho cuyos controles se ejercerán en los términos del art. 303 C.c. esto es, por la autoridad judicial.

encontrar encaje en los "*deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores*", pues como señala la AP. de Pontevedra, aun considerando que el menor no está en una situación fáctica de desamparo, cuando nadie ostenta el ejercicio de la patria potestad de ese menor y no tiene tutores legales, la guarda de hecho por sí sola no cubre las necesidades administrativas del menor. En estos casos, siendo imprescindible y necesaria la figura jurídica del tutor, resulta lógico que a la hora de la designación del mismo, se recurra a estos guardadores de hecho, siempre que resulte acreditado que estos guardadores de hecho, aunque se traten de personas ajenas a la familia, cubren las necesidades materiales e, incluso afectivas del menor. Es decir, resulta lógico en estos casos que esos guardadores de hecho, los cuales no tienen vínculos familiares con el menor, pero que han cuidado diligentemente al menor y mantienen con este una relación afectiva y material que le resulta verdaderamente satisfactoria y conveniente, sean nombrados tutores conforme las reglas ordinarias (art. 239, pfo. 2º C.c.).

Por su parte, la SAP. de Madrid de 19 de junio de 2009¹³³ entiende que la exclusión de los parientes de la función tutelar y, por consiguiente, la designación de terceros, sólo se justifica cuando, sin ningún género de dudas, se ofrecen todos los datos y las pruebas necesarias y suficientes que justifique que tal designación es nítidamente beneficiosa para el tutelado.

La misma AP. de Madrid, en su anterior Sentencia de 13 de febrero de 2009¹³⁴ ignora la prelación legal de la mayor edad alegada por la actora, en beneficio del interés

¹³³ JUR 2010, 22389.

¹³⁴ JUR 2009, 238099. En esta Sentencia, se plantea por la actora que sea designada ella como tutora de su padre, declarado judicialmente incapaz, alegando que, por razón de ser la mayor de los hijos, ostenta una preferencia para asumir la función objeto de debate. No consta, de otro lado, una irregular administración de los intereses patrimoniales del declarado incapaz por parte de su hijo Daniel que, hasta el momento, ha venido gestionando el patrimonio del declarado incapaz, y sí tan sólo que, habiéndose agotado los modestos ahorros de éste, a consecuencia del pago de los recibos del centro residencial en que el demandado se encuentra internado, dicha carga económica la asume en la parte no cubierta por su escasa pensión de jubilación, el referido descendiente, en unión de sus otros dos hermanos menores, sin que la primogénita y recurrente esté aportando numerario alguno a tal fin. Además, igualmente se acredita que ha sido don Daniel quien, en los últimos años, ha venido ocupándose de las diversas necesidades de su padre, sin que exista base alguna para reprocharle una gestión inadecuada de los intereses personales y económicos de aquél. Sin embargo, la primogénita ha estado distanciada, desde hace años, tanto de su progenitor como del resto de sus hermanos, con los que mantiene unas relaciones conflictivas. Con lo cual, se considera beneficioso para el tutelado, nombrarle como tutor al hijo que ha venido ocupándose habitualmente de su bienestar.

del tutelado para el caso que sea de aplicación el punto 5º del art. 234 C.c., es decir, cuando el tutelado no designa tutor, ni puede nombrarse tutor al cónyuge, a sus padres, ni a las personas que designen éstos en sus disposiciones de última voluntad y, en defecto de ello, han de ser designados tutores los descendientes, ascendientes, o hermanos que nombre el juez. En el FJ. 2º de la citada resolución se afirma que *“a la vista del referido planteamiento, parece necesario recordar que la prioridad legal por razón de la mayor de edad, en orden a la designación para el cargo de tutor en la hipótesis de existir varios hijos del declarado incapaz, quedó sin ulterior vigencia a partir de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en modo tal que ahora se equiparan, en el apartado 5º del artículo 234, y en defecto de las personas a que se refieren los números anteriores, a los descendientes, ascendientes o hermanos del incapaz, y ello sin distinción de edad ni sexo, entre los que habrá de elegir el Juez atendiendo, como principal pauta o criterio, al beneficio del tutelado, de conformidad con lo que, al respecto, dispone el art. 216 del referido texto legal”*.

Por último, en lo que se refiere a la tramitación procesal, la constitución de la tutela ordinaria se considera un acto de jurisdicción voluntaria, en tanto que se solicita la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, puesto que en estos casos los padres, frecuentemente, están desaparecidos o resulta imposible su localización (si llegan a localizarse una vez se ha presentado la demanda y ésta se les notifica, tampoco se oponen, con lo cual no deviene casi nunca en contencioso). Por lo tanto, conforme el apartado 1º de la Disp. Derog. Única de la LEC 1-2000 que deja vigente el Libro III de la anterior LEC-1881 (exceptuando los arts. 1827 y 1880 a 1900, que quedan derogados), son, en concreto, de aplicación a este caso, los arts. 1811 a 1824 y el art. 1838 de la LEC-1881.

Además, la Disp. Adic. 3º LOPJM dispone que *“con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria”*¹³⁵.

¹³⁵ Esta Disp. Adic. 3º LOPJM estableció las tres particularidades siguientes: *1ª Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les*

La competencia funcional, según el art. 85.2 LOPJ, la ostentan los Juzgados de Primera Instancia que conocerán en el orden civil de los actos de Jurisdicción Voluntaria en los términos que prevean la Leyes.

En cuanto a la competencia territorial, en aplicación del art. 52.5º en concordancia con el art. 765, ambos de la LEC-2000, corresponde al tribunal del lugar en donde las personas objeto de tutela residan.

Siendo imprescindible la intervención del Ministerio Fiscal, el art. 1815 LEC-1881 establece que se oirá al Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad, lo cual concuerda con el art. 3 EOMF, en tanto que recoge las atribuciones que ostenta el Ministerio Fiscal como garante supremo del menor. Por último, según el art. 749.2 LEC-2000, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre capacidad y menores, siempre que algún interesado sea menor.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria¹³⁶ dedica el Capítulo IV a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, y, aunque desde nuestro punto de vista, no aporta novedades especialmente llamativas, sí que aglutina en una sola norma todo el procedimiento a seguir, en vez de tener que recurrir a las distintas normas procesales.

*asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. 2ª No será necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador. 3ª La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso que el Juez prive a los padres de un menor de la patria potestad, no designe tutores y asuma la tutela *ex lege* la Administración emitiendo la correspondiente resolución, la LEC-2000 estableció un trámite de oposición a las medidas de protección recogido en los arts. 779 y 780 LEC, en los que es preceptiva la intervención de abogado y procurador, y el procedimiento es contencioso, por cuanto se tramita mediante el juicio verbal *ex art.* 754 LEC. En el caso que la Administración decreta un acogimiento y los padres no muestren su conformidad, sí insta una demanda de jurisdicción voluntaria ante el Juez, pero éste dará traslado a los progenitores para que se opongan, luego nuevamente estamos ante un juicio verbal para el que será preceptivo la intervención de abogado y procurador. Además, es incomprensible que limite de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), cuando en el primer punto, la citada Disposición Adicional faculta al Juez y al Fiscal a decidir sobre el menor, y en el tercer punto señala que la oposición de un tercero se llevará a cabo en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso. Claro, por ello no será necesario abogado y procurador como recoge en el punto segundo. Si ni siquiera se le permite al tercero, que puede ser los progenitores, una defensa profesional y la posibilidad de accionar judicialmente, se produce una absoluta vulneración de derechos. En definitiva, desde nuestro punto de vista, entendemos que estas particularidades recogidas en la Disposición Adicional 3ª de la LOPJM, actualmente no tienen efecto, puesto que conforme al art. 24 CE, nuestro sistema procesal establece unos cauces que permiten la tutela judicial efectiva, de los derechos de cualquier persona que puede tener interés legítimo en una causa, aún más si limita derechos como en el caso que nos ocupa.*

¹³⁶ 121/000112 Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A Núm. 112-1, 5 de septiembre de 2014.

En especial, la competencia queda perfectamente delimitada en el art. 45.1 y 2, según el cual, “*será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente*”. Y sigue diciendo en el apartado 2º, que “*el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud*”.

Por otro lado, querríamos mencionar que, en relación a la guarda de hecho, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria le dedica la Sección 3ª dentro del Capítulo IV, estableciendo en su art. 54 que el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos, siendo el Juez quien podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Según el Proyecto, estas medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

6.3.- La guarda asistencial

Por lo que se refiere a la intervención de la Administración en relación a la protección de menores, conforme a lo dispuesto en el art. 172.2 C.c. (en conexión con lo establecido por el art. 154 *in fine* C.c.), se denomina “*guarda voluntaria*” a la asumida temporalmente por las Entidades públicas a petición de los padres o tutores cuando éstos, por circunstancias graves, no pueden cuidar al menor.

Se trata de una medida de carácter transitorio y cuyo término “*guarda*” alude a una relación jurídica distinta, que no es homologable con la tutela del art. 172.1 C.c. y

cuyo contenido podría identificarse más con el propio del acogimiento de menores. También se desprende que la guarda forma parte del contenido de la tutela (art. 172.2 C.c.).

Tendrá lugar, bien a solicitud de los padres, o bien porque lo acuerde el Juez (art. 172.3, apdo. 4º C.c., en relación con el art. 158.3º del mismo Cuerpo legal), lo que implica la no automaticidad de la medida. La temporalidad es un factor esencial de la guarda. Difiere de la tutela en que cuando la Entidad pública asuma sólo la guarda administrativa, sin asumir la tutela del menor, los solicitantes (progenitores o tutores) conservarán la patria potestad, de modo que esta guarda administrativa es compatible con la patria potestad o la tutela ordinaria, las cuales, diríamos, simplemente pierden eficacia como consecuencia de la guarda asistencial, volviendo a recobrar su virtualidad cuando cese la misma. De este modo, sólo suspende la potestad de guarda, que es la que se atribuye a la Administración, pero los padres mantienen la patria potestad, a excepción de la guarda, con todo lo que ello conlleva. La titularidad de la guarda se atribuye con carácter exclusivo a la Entidad pública, mientras que el ejercicio de los poderes que implica la guarda se lleva a cabo, bien por el director del centro, en el caso que el acogimiento sea residencial, o bien por la persona (o personas) que acogen al menor, en caso que se trate de una guarda mediante acogimiento¹³⁷.

Por consiguiente, la patria potestad o la tutela no se ven afectadas por la asunción de la guarda voluntaria más que en aquellas funciones de ámbito personal que asume la Entidad pública. Los padres o tutores conservarán en todo caso los derechos de representación, administración de bienes y visitas sobre el menor.

En cuanto a la formalización de la guarda asistencial, en el caso que se lleve a cabo si la Entidad pública accede a ello, la constitución de la guarda se hace por escrito, dejando constancia de que los padres, o, en su caso, 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. Sin embargo, el art. 172.2 C.c. no especifica cuáles son aquellas responsabilidades, pero según DIEZ-PICAZO y

¹³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2013, cit., págs. 357 y 358.

GULLÓN, en correcta lógica, deberían estar excluidas solamente las referidas a la guarda del menor, puesto que son las que asume la Administración¹³⁸.

La guarda han de solicitarla quienes tengan potestad sobre el menor¹³⁹, y puede basarse en las circunstancias de los guardadores (art. 172.2 C.c.) o de los menores (art. 154 C.c.). En este caso son competentes los Juzgados de Menores si han incurrido en conductas tipificadas como delito o falta (art. 97 LOPJ). La solicitud puede ir acompañada de instrucciones en relación a la educación del menor o señalando que no se dé al menor en acogimiento (con el fin de evitar que devenga en adopción) o, incluso, imponiendo un plazo, como apunta SERRANO GARCÍA, quien pone de manifiesto que art. 172.2 C.c. deja abierto un amplio margen de posibilidades al referirse a las causas que la provocan como “*circunstancias graves*”, aparte de la enfermedad¹⁴⁰.

Sea como fuere, quien solicite de la Entidad pública la guarda voluntaria de un menor deberá acreditar la concurrencia de las circunstancias graves que impidan cuidar al menor y, en consecuencia, justifique la adopción de tal medida, debiéndose excluir aquellos casos de mera comodidad o conveniencia, o los que encubran dejaciones en el ejercicio de las obligaciones parentales o aquellas situaciones propiamente de desamparo que traten de encubrirse fraudulentamente con una solicitud de guarda.

El art. 172.2 C.c. prevé expresamente la forma en que los padres o tutores pueden solicitar de las instituciones públicas colaboración para el ejercicio de la guarda, pero desvinculándola del desamparo. Ahora bien, dado que la guarda voluntaria se caracteriza por tener, en principio, una duración temporal limitada hasta que los padres o tutores superen las circunstancias que la hayan provocado, de prolongarse más allá del

¹³⁸ DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, cit. pág. 295.

¹³⁹ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 579, cita a RUÍZ RICO, quien considera la solicitud como una relación jurídica cuasi-negocial, en tanto que los padres conservan la patria potestad y encargan sólo el ejercicio de la guarda. En apoyo de esta afirmación se puede argumentar que la guarda con acogimiento cesa a petición del tutor o los padres (art. 173.3-3º), lo cual refuerza que se puedan establecer requisitos en la solicitud.

¹⁴⁰ SERRANO GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 579.

En la reciente SAP. de Málaga de 30 de junio de 2014 (AC 2014, 1831), la menor, que había nacido con grandes malformaciones que habían requerido distintas intervenciones quirúrgicas, había sido dada en guarda voluntaria al necesitar continuos cuidados y controles médicos, a lo que se unía la pobreza extrema padecida por sus progenitores, quienes vivían en un área plenamente rural, a gran distancia de la ciudad más próxima, y sin medios económicos que les permitieran cubrir las referidas necesidades médicas de la menor, lo que motivó que, velando única y exclusivamente por el beneficio de su hija, decidieran entregar a la menor en guarda voluntaria.

tiempo establecido puede ser causa de declaración de desamparo.

Cualquier variación en su forma de ejercicio debe ser comunicada a los padres o tutores y al Ministerio Fiscal.

Cesa la guarda voluntaria por desaparición de las circunstancias que la motivaron, por el transcurso del plazo inicialmente fijado o de la prórroga acordada en su caso, por la adopción de otra medida de protección (desamparo) y por las demás causas generales de extinción de las medidas de protección.

Conforme al párrafo final del art. 172.2 C.c., se denomina “*guarda por decisión judicial*” a la asumida por la Entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, esto es, cuando los padres del menor se ven inmersos en circunstancias graves pero transitorias, como puede ser, por ejemplo, una enfermedad, un trabajo temporal en un lugar distinto a la residencia habitual, un internamiento en prisión, un accidente de cualquier tipo o cualquier otra incapacidad temporal.

Este tipo de guarda es una manifestación más del carácter flexible del actual sistema de protección de menores, si bien ha de entenderse que sólo procede en aquellos casos expresamente previstos en la Ley, por ejemplo, en aplicación del art. 158.4 C.c. que permite al Juez de oficio, a petición del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, acordar las medidas oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios; o bien entre las medidas cautelares “*innominadas*” que pueden ser muy variadas y dentro de las cuales puede incluirse el internamiento del menor en un centro adecuado, confiriendo la guarda a la Entidad pública correspondiente.

Esta modalidad de guarda se constituye por la propia resolución judicial dictada en el procedimiento correspondiente, sin que sea necesario ningún tipo de consentimiento. Su contenido quedará delimitado por lo que se establezca en dicha resolución, y, al igual que la guarda voluntaria, sólo afecta a la patria potestad en las facultades personales que asume la Entidad guardadora del menor. En cuanto a su ejecución, se realizará por el propio órgano judicial que la adoptó y por la Entidad pública en quien se delegó la guarda, sin perjuicio del control que compete al Ministerio Fiscal.

Según dispone el art. 172.3º C.c., la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores (guarda voluntaria) o como función de la tutela “*ex lege*” (menores declarados

en desamparo) se realiza mediante el acogimiento, el cual puede ser definido como un negocio jurídico perteneciente al Derecho de Familia, de carácter personal y temporal, que las Entidades competentes en materia de protección de menores en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores y a los progenitores o tutores de los acogidos, para que ellos, reciban en su casa a un niño y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo que el negocio se mantiene vigente¹⁴¹.

El acogimiento se caracteriza por la plena participación del menor acogido en la vida de la familia de acogida, imponiendo a quien lo acoge la obligación de velar por él, mantenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, sustituyendo el núcleo familiar original del acogido (también puede realizarse el acogimiento en un hogar funcional, en cuyo caso ejerce la guarda el responsable del mismo). No existe en el C.c. una mayor concreción, quedando al arbitrio de la Entidad pública encargada de constituir el acogimiento¹⁴².

El acogimiento familiar, como señala el AAP. de Ávila de 29 de junio de 1996¹⁴³, puede ser definido *“como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados -aunque sea circunstancialmente- de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales”*.

Interesante resulta la SAP. de Las Palmas de 26 de noviembre de 2013¹⁴⁴, que reconoce la responsabilidad civil de la Administración por la comisión de una falta continuada de hurto y falta de lesiones por un menor de edad cuya guarda voluntaria había asumido, situación ésta que, como afirma en su FJ. 2º, desplaza a la responsabilidad de los padres, *“por cuanto la guarda voluntaria supone que las funciones tuitivas o de protección respecto del menor son asumidas por la Entidad pública, precisamente, porque los padres no pueden cuidar al menor; sin que la*

¹⁴¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro/GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (coords.): *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2005, págs. 309 a 312.

¹⁴² DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 297.

¹⁴³ AC 1996, 1470.

¹⁴⁴ JUR 2014, 3510.

existencia de un acogimiento residencial excluya la responsabilidad civil de la Entidad pública (en este caso, la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia), pues ésta se limita a delegar en el Director del Centro de Menores el ejercicio de la guarda, pero conservando el control de la guarda”.

TEMA 1:
LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

SUMARIO

I.- SIGNIFICADO Y CLASES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

1.1.- La intervención pública

1.2.- Tipología de las medidas de protección

II.- ORGANOS ENCARGADOS DE DECRETAR LAS MEDIDAS PROTECTORAS

III.- LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y SITUACIÓN ACTUAL

3.1. El objetivo de la integración y el mantenimiento del menor en el entorno familiar

3.2.- Las medidas de apoyo familiar

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

IV.- LA “KAFALA” COMO MEDIDA PROTECTORA DEL MENOR. LA “KAFALA” COMO MEDIDA PROTECTORA. SU RECONOCIMIENTO Y EFECTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

4.1.- Introducción

4.2.- Aspectos generales del régimen jurídico de la “Kafala”

4.3.- La “Kafala” a la luz del Derecho español. “Kafala” y adopción

----- **O** -----

Nota introductoria: Se desarrolla, a lo largo de este tema, la obligación que tienen atribuida los poderes públicos de protección al menor, como persona individual, y también como elemento integrado en la unidad familiar, hasta el punto que puede apreciarse cómo la protección a la familia implicará la protección del menor ubicado dentro de su núcleo. Dejamos constancia de la absoluta preocupación de los poderes públicos por dotar a la sociedad de los medios adecuados para conseguir el desarrollo pleno y satisfactorio de los menores dentro de su familia natural, y cómo, sólo en casos irreversibles, se aconsejará la retirada de su familia biológica. Dada la incidencia de la crisis económica en las políticas de protección familiar, una aproximación a los datos sociológicos resulta imprescindible para conocer la actual situación del menor y su nivel de desprotección. Por último, y debido a la enorme influencia que ha tenido últimamente en nuestro Ordenamiento jurídico, abordamos la figura de la “kafala”, considerada la máxima medida de protección en la cultura islámica, y que, al presentar connotaciones religiosas, la diferencian del sistema de protección occidental.

I.- SIGNIFICADO Y CLASES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

La CE, al enumerar en el Capítulo III de su Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en primer lugar, a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores¹⁴⁵. Por tanto, para abordar el significado del concepto “*medida de protección del menor*” hemos de partir, en principio, de la necesidad social, unida al deber constitucional de proteger al menor mediante la intervención de la Administración Pública.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el estudio de las medidas propiamente dichas, consideramos imprescindible analizar, con carácter previo, la razón práctica de dicha necesidad de protección.

Los primeros años de la vida de una persona tienen una indiscutible importancia vital, pues es durante este periodo cuando se forman sus expectativas y actitudes. Si el crecimiento físico es rápido, el desarrollo cerebral en dicha etapa no es comparable con ello. Y es que los niños son aprendices activos. Constituyen su propio conocimiento y comprensión del mundo a través de las repetidas interacciones tanto personales como materiales en su medio ambiente. Es decir, cuanto más estimulante sea su entorno y mayores sean sus oportunidades para explorarlo, mejor preparados estarán para la vida de adultos. Con independencia de que reciban una nutrición adecuada, además de una higiene correcta y los cuidados médicos imprescindibles, el niño necesita una íntima relación interactiva con uno o más tutores que puedan guiarlo a participar de las técnicas y los valores que constituyan una cultura. Y en el caso que tales necesidades psicosociales no sean satisfechas, las consecuencias abocan a generar jóvenes y adultos incapaces de participar en el orden social establecido en una sociedad, o, simplemente, carecen de la necesidad de integrarse en esa sociedad. Existen datos que corroboran cómo las creencias y conductas de los padres influyen de forma fundamental en el desarrollo de los hijos. Por ello, los niños en situaciones de marginalidad viven en entornos que limitan sus oportunidades de desarrollarse, debido a la falta de recursos. Ahora bien, los padres y personas que cuidan del menor pueden atenuar los efectos

¹⁴⁵ Primer pfo. del punto 1º, de la EM. de la LOPJM.

nocivos de ese entorno, y disminuir en parte, la influencia negativa que ejerce. Las comunidades forman parte del gran entorno donde el niño crece, influenciando los resultados de su desarrollo. Siempre que sea posible, el conjunto de relaciones que afectan al desarrollo el niño debería ser estimulado, estando involucradas las comunidades¹⁴⁶.

En opinión de DÍEZ GARCÍA¹⁴⁷, la finalidad de las medidas jurídicas de protección es amparar y defender a los menores cuando se ven inmersos en una situación excepcional de desprotección, pero ello no implica modificar una determinada realidad económica y social en la que éstos se encuentran sumergidos, aunque existan personas que puedan ofrecerles mejores condiciones materiales que contribuyan de forma positiva a su cuidado. Por tanto, salvo que esa situación de desfavor en la que se encuentran los menores se repunte muy grave o se prevea definitiva, se debe procurar mantener al menor en su entorno familiar siempre que existan unas condiciones mínimas que garanticen su bienestar. En la práctica, se suele dar la confusión entre interés del menor y bienestar material del menor¹⁴⁸. Sin embargo, las dificultades económicas de los progenitores no pueden justificar la decisión administrativa de alejar al menor de su entorno¹⁴⁹. La falta de vivienda de la familia o la ausencia en ella de unos elementos mínimos de salubridad o habitabilidad, o la situación de paro o marginalidad social de los padres, a juicio de DÍEZ GARCÍA, no resultan de por sí suficientes para fundamentar la adopción de una medida jurídica de protección que implique la separación de la familia¹⁵⁰, puesto que, a veces, esta situación se resuelve adoptando medidas de apoyo a la familia, sin necesidad de contravenir el derecho del

¹⁴⁶ GERVILLA CASTILLO, M^a. Ángeles: *Familia y sociedad: Menores en situación de riesgo*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 7 a 10.

¹⁴⁷ DÍEZ GARCÍA: “Desamparo de menores y acogimiento”, cit., [BIB 1999\1429].

¹⁴⁸ Vid. AAP. de Sevilla de 8 de marzo de 2001 (AC 2002, 260).

¹⁴⁹ Como recoge la AP. de Alicante en su S. de 21 abril de 2009 (JUR 2009, 304441) “(...) salvo los supuestos de violación de los derechos del menor, las opciones educativas, culturales y económicas de los progenitores no pueden ser objeto de corrección por el Estado. De lo contrario, se correría el riesgo en aras del principio de igualdad de tener que amparar y tutelar a un importantísimo número de menores con ejemplos paternos alejados de las tesis oficiales (S. Aud. Prov. Toledo, sección 1^a, de 25 de abril de 2002 [JUR 2002\156457])”.

¹⁵⁰ DÍEZ GARCÍA, Helena, en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, coord.), Tirant lo blanch, Valencia 2013 (4^a ed.), págs. 1785 y 1786.

menor a la familia natural¹⁵¹.

1.1.- La intervención pública

Como hemos señalado en el Tema Preliminar, la preocupación por dotar al menor del adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados internacionales, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño. La fundamentación de ello reside en el hecho de que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección legal¹⁵². Además, tal como se cita en el Preámbulo de la Convención, no podemos dejar de reconocer que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, por lo que necesitan una atención especial. Partiendo de ello, el art. 3 de la Convención propugna que los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y los deberes de los padres, tutores y otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, se tomarán todas las medidas, tanto legislativas como administrativas, adecuadas. Y en todas las medidas concernientes a los niños que hayan de adoptar tanto las instituciones públicas como privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben considerar de forma primordial, que se atienda el interés superior del niño.

En este sentido, el art. 23, en sus apartados 2º a 5º, de la Convención de NNUU de 2006, sobre Derechos de la Personas con Discapacidad, dispone que los Estados Partes habrán de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; velando en todos los casos al máximo por el interés superior del niño. Además, los

¹⁵¹ Vid. STEDH. de 12 de junio de 2001, asunto K. y T. contra Finlandia (TDEH 2001, 467).

¹⁵² En el Preámbulo de la Convención de 1989 se recoge que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ya fue enunciada por la Convención de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño, y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de 20 de noviembre de 1956, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto internacional de los Derechos civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales.

Estados Parte prestarán la asistencia necesaria a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Y deben garantizar que los menores discapacitados gocen de los mismos derechos que el resto de los niños, con respecto a la vida familiar. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los menores discapacitados, los Estados Partes procurarán que se proporcione la información adecuada, los servicios y apoyo generales, tanto a los menores con discapacidad como a sus familias.

En el apartado 4° del citado art. 23 de la Convención de 2006, del mismo modo que propugna el art. 9.1 de la Convención de 1989, se garantiza el derecho de los menores a no ser separados de su familia, pero añade y refuerza este imperativo al establecer que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del propio menor, de ambos padres o de uno de ellos. Por último, en el apartado 5° se recoge la obligación que tienen los Estados Parte de proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad. En caso de no ser esto posible, se ha de prestar al menor la atención adecuada dentro de la comunidad en un entorno familiar, siendo ello responsabilidad del Estado.

Como puede observarse, la entrada de la Administración en una materia reservada tradicionalmente al Derecho civil supone la necesidad de convivencia entre instituciones civiles y administrativas, las cuales responden a distintos principios y cuya armónica coexistencia únicamente se dará en la medida en que se tenga en cuenta que tanto unas como otras deben estar guiadas por el principio superior de salvaguardar en cualquier caso el interés del menor.

Los poderes públicos, además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones asistenciales y de protección de los menores, están obligados a asegurar a los padres u otros responsables de la tutela del menor que lleven a buen término sus deberes legales de tutela, de modo que, en caso en que se detecte que el menor es víctima de una falta de asistencia, deben intervenir, adoptando las medidas necesarias para que la situación cese.

Indudablemente, la protección de los menores integra toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos, cuyo propósito consiste en prevenir y

corregir situaciones de desprotección de los mismos, las cuales, dada su variedad, exigen toda una serie de respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias de cada caso y que pueden clasificarse atendiendo al grado de la intervención administrativa en el ámbito familiar del menor. Estas medidas suponen el ejercicio de potestades administrativas que implican, desde luego, el dictado de los correspondientes actos administrativos, en los cuales se constata el supuesto de hecho que, legalmente, daría lugar a dicha intervención¹⁵³. Como definición del concepto de tales medidas se puede tomar el art. 10 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura, según el cual, se entienden por medidas de protección de menores aquellas actuaciones de carácter administrativo o judicial encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de desamparo de menores.

Ahora bien, algunas de las principales dificultades que ponen en serio peligro los objetivos de toda la legislación tuitiva del menor proceden, sin duda, de la inserción de éste en familias que, por su desestructuración, falta de medios económicos o circunstancias personales de los progenitores, no pueden hacerse cargo de sus hijos sin el peligro para éstos de que no puedan recibir, en los años en los que para ellos es más necesario, todo el cariño, cuidado y atención que contribuyen a favorecer su desarrollo físico y la formación adecuada de su personalidad. Desgraciadamente, estos obstáculos aparecen también en sociedades en las que se ha conseguido un mayor bienestar que en épocas anteriores, pero en las que la holgura económica no se disfruta por igual en toda la población, y en las que se renuevan los focos de conflicto, que generan tensiones en las relaciones interpersonales y repercuten en aquellos más desfavorecidos y desvalidos, como es todo el sector de la infancia.

Sin embargo, como contrapartida, cada vez son mayores los medios de los que se dispone para dar respuesta a las necesidades que demandan estos sectores de la población, y cada vez es mayor el número de las personas y organismos implicados en su solución, lo que permite afrontarlas no sólo con nuevos medios materiales y asistenciales, sino también con soluciones distintas y menos traumáticas, que permiten, el caso de los menores, que éstos puedan seguir conviviendo con su familia natural, a

¹⁵³ *Memento Práctico Francis Lefebvre. Civil 2009. Familia Sucesiones*, Ediciones Francis Lefebvre, 2008, págs. 213 y 214.

pesar de las carencias de las que en un principio pueda adolecer, siempre que éstas puedan ser remediadas sin grave riesgo para el propio menor¹⁵⁴.

1.2.- Tipología de las medidas de protección

Nuestra LOPJM aborda en su Título II las actuaciones administrativas que se llevarán a cabo cuando se esté ante una situación de desprotección social del menor.

Según lo previsto en su art. 12, la protección del menor por las Entidades Públicas se realizará mediante la adopción de una serie de medidas que consistirán en prevenir y reparar las situaciones de riesgo¹⁵⁵, mediante el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. Además, los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios con el fin de hacerlos accesibles a todas las áreas que afectan al desarrollo del menor.

Como señala la STS. de 21 de febrero de 2011¹⁵⁶, en su FJ. 4º, la protección del niño *“tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 C.c.), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales”*.

¹⁵⁴ FJ. 2º del AAP. de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002, 233517).

¹⁵⁵ Según el art. 17 LOPJM, se entiende por situación de riesgo aquella que suponga un perjuicio de cualquier índole para el menor, sin que llegue a ser lo suficientemente grave como para considerarlo en situación de desamparo, la cual llevaría aparejada la asunción de la tutela *ex lege*.

¹⁵⁶ RJ 2011, 2362.

Conforme a ello, las medidas a adoptar por el Administración se pueden clasificar en dos grandes grupos. Uno, el de aquéllas que no requieren la separación forzosa del menor de su medio familiar. Y el otro grupo se integraría por las medidas que llevan aparejada la asunción de tutela por la Entidad pública y suponen la salida obligatoria del menor de su familia¹⁵⁷.

Podríamos precisar que las primeras de ellas tienen como finalidad primordial evitar la producción de una situación de peligro para el menor. Por ello, las medidas que se contemplan a este fin están relacionadas con el apoyo técnico y económico de las familias. El apoyo técnico consiste en intervenciones de carácter social y terapéutico a favor del menor y de su propia familia tendentes a la prevención de situaciones de desarraigo familiar, así como a la reinserción del menor en ella, en ocasiones, mediante actividades de ayuda a domicilio. Y el apoyo económico a las familias que carezcan de recursos suficientes se concreta a través de ayudas de carácter preventivo y temporal para la atención de las necesidades básicas de los menores. En definitiva, la actuación administrativa debe garantizar, en todo caso, los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que pueda encontrarse y a promover los factores de protección de menor y su familia¹⁵⁸.

Como opina DÍEZ GARCÍA¹⁵⁹, en determinadas ocasiones, las medidas de protección al menor pueden llegar a convertirse en instrumentos de protección de la familia, al canalizarse a través de las correspondientes ayudas, asesoramiento, apoyo técnico, etc. Por esa razón, se articula como criterio que permite solventar algunas situaciones de temporal dificultad para la familia la guarda asistencial regulada en el art. 172.4 C.c., que, como tuvimos ocasión de señalar en el tema anterior del presente trabajo, supone la separación meramente transitoria del niño a la espera que se resuelva la coyuntura, para regresar con la familia de origen una vez superado el problema que la provoca.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ POVEDA/GONZÁLEZ VICENTE: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. (Capítulo V. Protección de menores. Acogimiento, adopción y tutela)*, cit., pág. 307.

¹⁵⁸ *Memento Práctico Francis Lefebvre*, cit., pág. 217.

¹⁵⁹ DÍEZ GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1785.

En cuanto a las medidas de protección que suponen la salida del menor de su ámbito familiar, son aquéllas que conllevan la asunción de la tutela por parte de la Entidad pública¹⁶⁰ y que consisten en la guarda administrativa; el acogimiento en sus distintas modalidades; y la propuesta de adopción del menor. Inicialmente, al salir el menor de su ámbito familiar, la protección del mismo se materializa mediante la guarda administrativa de menores, debiéndose recalcar, como ya tuvimos ocasión de señalar en el Tema Preliminar, que la aplicación de estas medidas por parte de la Administración, implican una previa situación fáctica de desamparo, y que, una vez acreditada la misma, dará lugar a la declaración de desamparo con la consiguiente constitución de la tutela *ex lege*.

Es preciso diferenciar entre situación de riesgo y declaración de desamparo propiamente dicha.

Los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y de su familia, conforme establece el art. 17 LOPJM¹⁶¹.

¹⁶⁰ La tutela *ex lege*, según la ya citada RDGRN. de 22 de junio de 2006 (RJ 1996, 6185), al producirse cuando la Entidad Pública asume las funciones de tutela, puesto que viene impuesta por una circunstancia de puro hecho que exige la previa declaración de desamparo, no puede asimilarse a la tutela propiamente dicha, por ser absolutamente distinta a la constitución de tutela como consecuencia de un acto expreso mediante resolución judicial e inscribible en el Registro Civil.

¹⁶¹ Acerca de la situación de riesgo, *vid.*, entre otras muchas, la SAP. Baleares de 11 de abril de 2006 (JUR 2006, 163577), según la cual “tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, como la Ley del Parlament Balear 7/1995, de 21 de marzo (LIB 1995, 101), de Guarda y Protección de los Menores Desamparados, contemplan dos situaciones de desprotección social del menor, que implican un distinto grado de intervención: Las situaciones de riesgo para el menor –sea cual fuere su naturaleza– que perjudiquen el desarrollo personal o social de aquél, y el desamparo. En el primer caso la entidad pública competente pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para intentar eliminar los factores generadores del riesgo actuando en la propia familia del menor a través de medidas de apoyo o ayuda familiar; ayudas económicas, cuando la causa determinante del riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos de esta clase; prestaciones de tipo formativo o psicosocial, con finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social; y apoyo técnico, a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales, mejorando las relaciones socio-familiares y promoviendo el desarrollo y bienestar del menor. Por otra parte, el artículo 17 de la LOPJM, en relación con el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de

Por su parte, la situación de desamparo se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material¹⁶².

Como indica el AAP. de Burgos de 22 de julio de 2002¹⁶³, esta distinción entre desamparo y simple riesgo fue introducida por la LOPJM, ya que no aparecía en la anterior reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, y se enmarca, tanto dentro de la propia actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, como en el ámbito de sus facultades para velar por la protección de su familia de origen, duplicidad de actuaciones a las que se refiere el art. 12 LOPJM, en consonancia con lo dispuesto por

las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712), impone a la entidad pública competente, una vez apreciada la situación de riesgo, poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento del menor en la familia. De donde se sigue que basta que razonablemente se aprecie la posible existencia de una situación de peligro de un menor para que obligatoriamente las autoridades públicas deban adoptar las medidas de protección y ayuda necesarias, que es lo que, en el caso, ha llevado a cabo el Institut de Serveis Socials encargado del seguimiento de la menor dada en adopción, y, todo ello, sin necesidad de una prueba plena y absoluta de los actos causantes del riesgo al tratarse de una medida meramente preventiva y de ayuda para eliminarla o, al menor, reducirla” (FJ. 3º); la SAP. de Asturias de 26 de junio de 2008 (JUR 2008, 337677), según la cual “conviene recordar (como ya señaló la S.A.P. Oviedo, Secc. 6ª, de 2 febrero 2004) que de lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cabe distinguir entre el mero riesgo de desamparo y la situación de desamparo real, siendo diferentes las medidas a adoptar en uno y otro caso, ya que en el primero bastará con la adopción de medidas de seguridad y sobre todo control sobre el menor y su familia de origen para constatar si el peligro deja de ser hipotético para convertirse en real e inminente, mientras que en el segundo, desamparo real ya producido, la asunción de la guarda y tutela sobre el menor se hace necesaria por imperativo del art. 172 C.Civil” (FJ. 3º) y la SAP. Cantabria de 31 de mayo de 2013 (JUR 2013, 353170).

¹⁶² Por todas, *vid.* AAP. de Burgos de 22 julio de 2002 (JUR 2002, 233517), la cual, en su FJ. 3º, expresa que “se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Se trata, por lo tanto, de una situación de hecho que requiere la concurrencia de dos requisitos, uno de carácter marcadamente objetivo, como es la privación de la necesaria asistencia, y otro de carácter predominantemente subjetivo, como es el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los deberes de guarda por aquellos que tienen atribuida la custodia del menor. Ello no obstante, este último requisito también se objetiviza cuando se da el supuesto de imposibilidad del ejercicio de los deberes de protección por quienes están llamados a llevarlos a cabo. Existe también una cierta unanimidad sobre que el incumplimiento de los deberes de protección ha de revestir la suficiente gravedad como para que la entidad pública pueda declarar el desamparo y asumir la tutela automática.

En los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y de su familia, conforme establece el artículo 17 de la LO 1/1996”.

¹⁶³ JUR 2002, 233517.

el art. 39 CE.

La legislación autonómica de nuestro país recoge qué medidas, en líneas generales, han de adoptarse para proteger al menor en cada Comunidad Autónoma, distinguiendo siempre las dos situaciones que acabamos de distinguir, es decir, la riesgo inicial y no grave que implica una intervención de la Administración dirigida a instruir a la familia sobre las pautas a seguir con el fin subsanar los problemas que se evidencian y que se dirigen a mantener al menor en su ámbito evitando la ruptura de la familia; y un segundo grupo de medidas encaminadas a sacar al menor de su entorno, decretando la situación de desamparo y asumiendo la tutela la Administración.

Como ya quedó expuesto en el Tema Preliminar, en nuestro país, la competencia en materia de protección de menores, reside en la Administración autonómica. Llegados a este punto y antes de avanzar, hemos de determinar las competencias que corresponden a las CCAA en materia de protección de menores¹⁶⁴.

La cuestión principal que se plantea en este aspecto consiste en encontrar dentro del texto básico de nuestra CE, el título o títulos competenciales en que adscribir la asignación de funciones legislativas al respecto. Y ello porque en el cuadro de atribuciones competenciales previsto en los arts. 148 y 149 CE no se recoge expresamente indicada la materia de “*protección de menores*”.

No cabe duda alguna que toda legislación autonómica que se dicte tendrá como límite constitucional el sometimiento a la legislación civil del Estado, indicada en el art. 149.1.8ª CE, en cuyo concepto debe considerarse incluida la normativa básica relativa a los institutos de la tutela automática, guarda asistencia y acogimiento. Dicha afirmación debe, no obstante, ser matizada respecto de aquellas CCAA que gozan de un Derecho Civil, foral o especial (al que el mismo art. 149.1.8ª CE hace referencia en cuanto a su conservación, modificación y desarrollo) en cuyas respectivas Compilaciones se contuvieran una regulación propia sobre las instituciones civiles que estamos considerando. Tal es el caso, exclusivamente, de las legislaciones forales de Cataluña, Navarra y Aragón. Estas CCAA tiene capacidad legislativa en esta materia, pero fuera

¹⁶⁴ Sobre la materia, *vid.* IGLESIAS REDONDO, Juan Ignacio: “La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 173 a 212.

de los casos excepcionales, no existe más legislación civil sobre protección de menores que la contenida en el C.c.

Ahora bien, ello no resta que todas y cada una de las CCAA que configuran el Estado español, en el ejercicio de sus competencias ejecutivas, deba serle reconocida la facultad de dictar una legislación administrativa de protección al menor. En efecto, puede sostenerse que las facultades legislativas de índole administrativa sobre la tutela *ex lege*, la guarda asistencial y el acogimiento de menores corresponden a las CCAA en virtud de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, al amparo del título competencial de la “*asistencia social*” recogido en el art. 148.1.20ª CE.

En virtud de la referida asunción de competencias administrativa en materia de protección de menores que se plasma en sus respectivos Estatutos de Autonomía, y conforme lo previsto en la D.A. 1ª de la Ley 21/1987 que reconoce expresamente a las CCAA su competencia en esta materia que tratamos, que, a su vez, se reitera en la D.F. 21ª y 22ª LOPJM, como ha quedado expuesto en el Tema Preliminar del presente trabajo, las distintas CCAA han ido dictando en sus respectivos territorios una normativa propia sobre protección de menores como desarrollo o complemento de la Ley 21/1987¹⁶⁵.

Una vez delimitado el ámbito competencial de las CCAA, todas aquéllas que ha asumido la competencia en esta materia regulan ambos tipos de medidas tuitivas (bien de apoyo, bien de separación familiar) en sus respectivas leyes de protección jurídica del menor, las cuales enumeramos seguidamente, por orden cronológico:

- La Comunidad Autónoma de Extremadura, las regula en la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, en concreto, en sus arts. 10 a 16¹⁶⁶.

¹⁶⁵ ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: “La legislación autonómica en materia de protección de menores: tutela *ex lege*, guarda asistencial y acogimiento”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 43 a 45.

¹⁶⁶ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura (BOE núm. 309, de 27 de diciembre; DOE núm. 134, de 24 de noviembre:

Art. 10: “*Se entienden por medidas de protección de menores aquellas actuaciones de carácter administrativo o judicial encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de desamparo de menores. La adopción o propuesta de las mismas corresponde a la Junta de Extremadura, sin perjuicio de las facultades atribuidas por la legislación vigente al Ministerio Fiscal*”.

Art. 11: “*La tutela ordinaria de menores desamparados será promovida por la Junta de Extremadura en aquellos casos en que existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias,*

- El Principado de Asturias, en el art. 18 de su Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor¹⁶⁷.
- La Región de Murcia, en el art. 12 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia¹⁶⁸.

puedan asumirla en beneficio de éste”.

Art. 12: *“La adopción por parte de la Junta de Extremadura de cualquiera de las medidas de protección de esta Ley requerirá la instrucción de un procedimiento establecido al efecto, donde ineludiblemente deberá ser oído el mayor de doce años y el menor de esta edad siempre que tuviera suficiente juicio, y donde se garantizará que todas las actuaciones necesarias se practiquen con la conveniente reserva. El alcance y finalidad de las medidas de protección serán notificadas al Ministerio Fiscal, así como a los padres, tutores o guardadores del menor afectado.*

En caso de grave riesgo para la integridad física o psíquica del menor, las medidas de protección deberán ser adoptadas en el momento de declararse la situación de desamparo, de manera cautelar y sin perjuicio de ulterior ratificación”.

Art. 13: *“La Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura realizará todas las actuaciones necesarias para la correcta ejecución de las medidas de protección adoptadas, pudiendo recabar la colaboración de las autoridades municipales, policiales y judiciales, cuando la oposición a las mismas pueda suponer el mantenimiento de una situación de grave vulneración de los derechos del menor”.*

Art. 14: *“La Junta de Extremadura arbitrará un sistema de apoyo a las familias biológicas de los menores, consistente en prestaciones de tipo económico, psicológico y educativo que impidan que, situaciones de carencia desemboquen en el desamparo del menor y que favorezcan su permanencia en el núcleo familiar”.*

Art. 15: *“Igualmente, con carácter preventivo, la Consejería de Bienestar Social asumirá transitoriamente la guarda de los menores cuando, quienes tengan potestad sobre los mismos lo soliciten y acrediten la imposibilidad temporal de atenderlos. No obstante ello, cuando la duración o mantenimiento de esta situación vaya en detrimento del interés del menor, podrá incoarse el oportuno expediente de adopción de medidas de protección”.*

Art. 16: *“En caso de declaración de desamparo, la Junta de Extremadura podrá adoptar las siguientes medidas: a) Acogimiento familiar simple y sin fines adoptivos. b) Acogimiento familiar preadoptivo. c) Asunción de la guarda a través de centros especializados de acogida de menores. d) Propuesta de adopción. e) Cualquier otra medida aconsejable de carácter económico asistencial, educativo o terapéutico, en atención a las circunstancias del menor”.*

¹⁶⁷ Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias (BOE núm. 94 de 20 de abril de 1995; BO del Principado de Asturias y de la Provincia núm. 32, de 9 de febrero de 1995):

Art. 18. *“Medidas de protección. 1. A los efectos de esta Ley, se consideran medidas de protección las siguientes: a) El apoyo familiar para promover el bienestar y desarrollo integral del menor en su medio familiar de origen. b) La asunción de la tutela, por ministerio de la ley, previa declaración de la situación de desamparo o, en su caso, la promoción del nombramiento judicial de tutor para el menor. c) La guarda del menor. d) El acogimiento familiar del menor. e) La propuesta de adopción del menor ante el Juzgado competente. f) El alojamiento en centros si el resto de medidas resultasen inviables. g) El ejercicio de cuantas acciones civiles o penales pudiesen corresponder al menor, incluso la demanda de privación de la patria potestad sobre el menor, siempre que la Administración del Principado de Asturias se encuentre legitimada para ello. h) Cualesquiera otras que redunden en interés del menor, atendidas sus circunstancias personales, familiares y sociales. 2. Toda medida de protección ha de ser motivada, revestir forma escrita y requerirá propuesta previa de la Comisión del Menor regulada en el art. 23 de esta Ley, salvo aquellos supuestos de urgencia debidamente justificados”.*

¹⁶⁸ Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia (BOE núm. 13, de 2 de junio de 1995; BO Región de Murcia núm. 86, de 12 de abril de 1995):

Art. 12. Medidas de apoyo y protección. *“1. Las medidas a adoptar, siempre con informe previo de los equipos técnicos competentes y teniendo en cuenta el interés del menor, podrán aplicarse a través de: 1º El apoyo a la familia del niño, mediante ayudas de tipo psicosocial, de índole personal o económica, de la Administración. 2º La acogida del menor en su propia familia extensa, o por una persona o familia*

- La Comunidad de Madrid, en el art. 50 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia¹⁶⁹.
- Canarias, en los arts. 16 y 43 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores¹⁷⁰.
- La Comunidad Autónoma de Andalucía, en los arts. 20 y 21 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor¹⁷¹.

que pueda sustituir, provisionalmente, a su núcleo familiar. 3º La acogida residencial en un centro público o colaborador. 4º La acogida familiar con fines adoptivos. 5º Cualquier otra medida aconsejable de carácter asistencial, educativo o terapéutico, en atención a las circunstancias del menor. 2. Se procurará, siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del niño de su hogar y de su entorno familiar. Si fuera necesaria la separación transitoria, ésta no impedirá los derechos de visita y comunicación con la familia natural, siempre que ello no afecte al interés del menor. 3. Se adoptarán aquellas medidas o acciones que una vez cesada la situación de desamparo procuren la integración social del niño, así como las necesarias para la reinserción social de aquellos menores que hubieran sido objeto de medidas judiciales de reforma”.

¹⁶⁹ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de Madrid (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1995; BOCAM núm. 83, de 7 de abril de 1995; corr. err. en BOCAM núm. 108, de 8 de mayo de 1995 y núm. 152, de 28 de junio de 1995, respectivamente):

Art. 50. “*El Sistema Público de Servicios Sociales. 1. La protección social de los menores que se encuentren en situaciones de riesgo social corresponde al Sistema Público de Servicios Sociales, para lo cual desde la Red de Servicios Sociales Generales se desarrollarán las actividades de prevención, atención y reinserción que sean necesarias, encuadradas en los programas correspondientes. 2. Las Administraciones Municipales, en función de las necesidades detectadas entre su población, crearán Servicios Sociales Especializados de Atención a la Infancia que refuercen y den cobertura a los Servicios Sociales Generales. 3. En todo caso será responsabilidad de la Comunidad Autónoma la planificación, supervisión y coordinación de la Red de Atención a la Infancia integrada en el Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid”.*

Art. 51. “*Tutela y guarda de menores. 1. La Administración Autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley de menores en situación de desamparo y la guarda temporal de menores a petición de sus padres o tutores, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”.*

¹⁷⁰ Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997; BO. CANARIAS núm. 23, de 17 de febrero de 1997):

Art. 16. “*Apoyo a la familia. 1. Como recurso preventivo prioritario se establecerán programas de apoyo a la familia, destinados a cubrir las necesidades básicas de los menores y mejorar su entorno familiar, con el objeto de garantizar su derecho a permanecer en el mismo en condiciones que permitan su desarrollo integral.*

2. El apoyo a la familia podrá consistir en la orientación técnica, la educación y planificación familiar, la ayuda a domicilio, la atención de los menores en escuelas infantiles y cualesquiera otras medidas y actuaciones que contribuyan a la formación de quienes ejerzan funciones parentales y al desarrollo integral de los menores”.

Art. 43. “*Medidas. En situaciones de riesgo deberán aplicarse una o varias de las medidas y actuaciones previstas en el artículo 16.2 de esta Ley, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso”.*

¹⁷¹ Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía (BOE núm. 24, de 24 de junio de 1998; BOJA núm. 53, de 12 de junio de 1998):

Art. 20. “*Medidas de prevención y de apoyo a la familia 1. Se promoverán planes integrales dirigidos a la promoción de la infancia y a la prevención de las situaciones de riesgo. 2. Las medidas de apoyo a la familia podrán ser de carácter técnico y económico. 3. El apoyo técnico consistirá en intervenciones de carácter social y terapéutico en favor del menor y su propia familia y tenderá a la prevención de situaciones de desarraigo familiar, así como a la reinserción del menor en ella. 4. El apoyo económico a*

- La Comunidad Autónoma de Aragón, en el art. 46 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia¹⁷².
- La Comunidad de Castilla-León, en los arts. 75 y 76 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia¹⁷³.

las familias que carezcan de recursos suficientes se concretará a través de ayudas económicas de carácter preventivo y temporal para la atención de las necesidades básicas de los menores de ellas dependientes. 5. Se desarrollarán programas de integración social del menor con dificultades especiales, dirigidos a procurar la eliminación de aquellas barreras físicas y de comunicación que les impidan su propio desarrollo personal y su integración educativa y social. 6. Se promoverán programas de información y sensibilización sobre el menor y sus problemáticas particulares, incentivando la colaboración ciudadana en la denuncia de posibles situaciones o circunstancias que pongan en peligro la integridad del menor o de su desarrollo personal. 7. Se desarrollarán programas formativos de garantía social dirigidos a ofrecer a los adolescentes alternativas a situaciones de rechazo del sistema escolar ordinario, fracaso y absentismo, proporcionándoles una formación profesional que favorezca una próxima incorporación laboral. 8. Las medidas anteriormente mencionadas se llevarán a la práctica con la colaboración y de forma coordinada con los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes.

Art. 22. “Situaciones de riesgo 1. Se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar. 2. La apreciación de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporalizado que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación”.

¹⁷² Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2001; BOA núm. 86, de 20 de julio de 2001):

Art. 46. “Medidas de protección. Son instrumentos de la protección de menores: a) Los recursos preventivos y de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre el menor. b) La promoción del nombramiento de tutor. c) La guarda ejercida mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. d) La tutela asumida por la entidad pública. e) La adopción. f) Las actuaciones necesarias para que el menor protegido se reincorpore a su entorno sociofamiliar. g) Aquellas acciones necesarias para la reinserción de los menores en conflicto social o que hubieran sido objeto de medidas acordadas por los Juzgados de Menores. h) Las actuaciones en beneficio de los que cumplan dieciocho años en situación de tutelados por la Administración, a fin de que obtengan plena autonomía e integración social. i) El ejercicio de cuantas acciones civiles, penales o administrativas pudiesen corresponder en interés del menor, incluso la demanda de privación de la patria potestad. j) Las actuaciones con los menores de catorce años que hubieran cometido hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en leyes penales especiales”.

¹⁷³ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2002; BOC y L núm. 145, de 22 de julio de 2002):

Art. 75. “Medidas y actuaciones de protección. 1.- A los efectos de la acción de protección se consideran medidas de protección las siguientes: a) El apoyo a la familia cuando en la resolución que lo adopte se determine su carácter de medida. b) La asunción de la guarda del menor por medio del acogimiento familiar, en las distintas modalidades contempladas en el Código Civil, y del acogimiento residencial. c) La tutela. d) La adopción. 2.- Se consideran actuaciones con efectos protectores: a) El apoyo a la familia en los casos no contemplados en el apartado 1,a) de este artículo. b) El ejercicio de las acciones civiles o penales que resulten procedentes. c) Cualesquiera otras de carácter compensatorio, de control, asistencial, educativo o terapéutico que se estimen convenientes, redunden en interés del menor y faciliten la adecuada atención de sus necesidades personales, familiares y sociales”.

Art. 76. “Criterios generales para la aplicación de las medidas y actuaciones de protección. 1.- Se entenderán prioritarias las medidas y actuaciones de apoyo a la familia dirigidas a promover el bienestar y el desarrollo del menor en su medio familiar de origen, preservar la integración familiar y evitar la separación o, si ésta se produjo, procurar la reunificación una vez se hayan superado,

- El País Vasco, en el art. 55 de su Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia¹⁷⁴.
- Comunidad Foral de Navarra, en el art. 35 de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia¹⁷⁵.
- La Comunidad Autónoma de La Rioja, en el art. 42 de su 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores¹⁷⁶.

compensado o aminorado suficientemente las circunstancias que la determinaron. 2.- Las separaciones de la familia biológica que no sean definitivas durarán lo menos posible. 3.- Cuando se concluya la imposibilidad de una reunificación futura, se procurará la búsqueda de una integración estable mediante la adopción del menor o la promoción ante el Juzgado de la tutela ordinaria. En otro caso, se formalizará un acogimiento familiar permanente, preferentemente con miembros de su familia extensa o con personas con las que tuviera una relación previa adecuada, solicitando del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. 4.- Se procurará evitar el ingreso de los menores de doce años en centros residenciales y, cuando no sea posible, se tratará de que no permanezcan en ellos más tiempo del que, con carácter general y en función de la edad, se fije reglamentariamente, salvo que la mejor atención de sus necesidades requiera específicamente este tipo de recurso. 5.- Se establecerán programas especiales de apoyo y preparación para la vida adulta dirigidos a aquellos adolescentes para los que no sea posible o conveniente el regreso con su familia o la aplicación de otra medida de integración familiar estable. 6.- Se evitará en cualquier caso la prolongación de situaciones de inseguridad, inestabilidad o provisionalidad que pudieran afectar al desarrollo del menor”.

¹⁷⁴ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011; BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005):

Art. 55. “*Servicios y programas de intervención familiar. 1. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, crearán y promoverán programas de intervención familiar dirigidos a dar respuesta a las situaciones de riesgo. 2. A efectos de la presente ley, se entiende por programas de intervención familiar aquellos que proporcionan apoyo socioeducativo a familias cuyas carencias en el ámbito de las habilidades personales, sociales o educativas generan o serían susceptibles de generar a los niños, niñas o adolescentes una situación de riesgo que podría llegar a dificultar su permanencia en el hogar familiar. 3. Los programas de intervención familiar podrán ser: a) básicos, de aplicación en el domicilio familiar, como los programas de educación doméstica, o en el entorno comunitario, como los programas de educación de calle; b) especializados, como los servicios de intervención terapéutica en familias problemáticas, los servicios de intervención en situaciones de maltrato, abandono o explotación, incluido el ámbito laboral, así como los servicios de intervención en situaciones de abuso sexual. 4. Los programas de intervención familiar irán dirigidos, cuando se trate de situaciones de riesgo, al mantenimiento de los niños, niñas y adolescentes en el núcleo familiar. Podrán, además, cuando se trate de situaciones de desamparo, aplicarse junto con una medida de acogimiento familiar o institucional, a fin de mejorar las condiciones de convivencia en el hogar, en aras de la integración del menor en su núcleo familiar de origen, tal y como se prevé en el artículo 61.3”.*

¹⁷⁵ Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia de Navarra (BOE núm. 1, de 2 de enero de 2006; BON núm. 149, de 14 de diciembre de 2005):

Art. 35. “*Medidas de protección. Se consideran medidas de protección las siguientes: a) La declaración e intervención en situaciones de riesgo. b) La asunción de la tutela por ministerio de la Ley, previa declaración de la situación de desamparo o, en su caso, la promoción del nombramiento judicial de tutor para el menor. c) La tutela ordinaria. d) El apoyo a la familia, cuando en la Resolución que la adopte se determine su carácter de medida. e) La asunción de la guarda del menor. f) La propuesta de adopción del menor ante el Juez competente. g) Las medidas establecidas en el capítulo V con respecto a los menores en situación de conflicto social. h) Cualesquiera otras medidas que redunden en interés del menor, atendiendo a sus circunstancias familiares, personales y sociales”.*

- La Comunidad de Islas Baleares, en el art. 76 de su Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia¹⁷⁷.
- La Comunidad Valenciana, en los arts. 84 y 96 de su Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006; BOR núm. 33, de 9 de marzo de 2006):

Art. 42. “*Medidas de protección en situaciones de riesgo. 1. Declarada la situación de riesgo de un menor, se adoptarán medidas de apoyo familiar dirigidas a procurar satisfacer sus necesidades básicas y promover su desarrollo integral mejorando su medio familiar y manteniéndolo en el mismo. 2. Son concretas medidas de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya guarda se encuentre el menor: a) Las prestaciones económicas o en especie, incluyendo las guarderías infantiles; b) La ayuda a domicilio; c) La intervención técnica. 3. Las medidas de apoyo a la familia a que se refiere el apartado anterior podrán acordarse conjuntamente y prestarse de modo simultáneo siempre que ello resultare procedente atendidas las circunstancias que originaren la situación de riesgo. 4. La familia del menor o las personas bajo cuya guarda se encuentre, beneficiarias de las medidas de protección acordadas, deberán cooperar en la consecución de los compromisos y objetivos que su prestación comporte. Sin perjuicio, en su caso, de la imposición de las sanciones que procedan por incumplimiento de la resolución que declare al menor en situación de riesgo, si su falta de cooperación impidiese alcanzar dichos objetivos, ello podrá determinar que se acuerde el cese de la medida, en los términos señalados en el artículo 47”.*

¹⁷⁷ Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Islas Baleares (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2006; BOIB de núm. 163, de 18 de noviembre de 2006, corr. err. en BOIB núm. 24, de 13 de febrero de 2007):

Art. 76. “*Clases de medidas de protección. 1. El órgano competente puede adoptar, con sujeción a lo preceptuado en esta ley y la legislación civil aplicable, cualquiera de las siguientes medidas de protección de la persona menor de edad: a) La declaración de riesgo con el mantenimiento de la persona menor de edad en su propio núcleo familiar o parental, seguido de un plan de trabajo que prevea ayudas de carácter económico, educativo, asistencial o terapéutico por parte de los servicios competentes. Este tipo de medidas, por no comportar separación de la persona menor de edad de su entorno, deben ser tomadas prioritariamente respecto de las restantes recogidas en este artículo. b) La asunción de la tutela por ministerio de la ley, previa la declaración de la situación de desamparo de la persona menor de edad. c) El acogimiento residencial. d) El acogimiento familiar. e) Propuesta de adopción ante el órgano judicial competente. f) Cualesquiera otras que redunden en interés de la persona menor de edad, atendidas sus circunstancias personales, familiares y sociales. 2. Reglamentariamente se establecerán y regularán los criterios de los procedimientos para la declaración de las situaciones de desamparo y para la adopción y ejecución de las medidas en situaciones de desprotección. 3. Se desarrollarán reglamentariamente los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de la idoneidad”.*

¹⁷⁸ Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana (BOE núm. 200, de 10 de agosto de 2008; DOCV núm. 5803, de 10 de julio de 2008):

Art. 84. “*Principios rectores de actuación en materia de protección del menor 1. En la aplicación de las medidas de protección de menores previstas en esta Ley se deberán observar los siguientes principios: a) Primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. b) Carácter preventivo en las actuaciones. c) Intervención en el ámbito familiar. d) Mantenimiento del menor en su medio familiar siempre que ello no atente o ponga en peligro la integridad física o psíquica del menor. e) Carácter educativo de las medidas. f) Promoción de la participación y la solidaridad. g) Respeto del derecho al menor a ser oído. h) Objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la acción protectora. i) Carácter reservado y respeto a la privacidad y a la confidencialidad en las actuaciones en materia de protección de menores. 2. La Generalitat garantizará la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de protección del menor, especialmente en los aspectos sociales, sanitarios y educativos, así como la coordinación de los recursos y de las iniciativas públicas y privadas.*

- Cataluña, en los art. 98 y ss. regula la materia y, en concreto, el art. 120 establece los distintos tipos de medidas de protección, de su Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia¹⁷⁹.

3. En la aplicación de las medidas de protección de menores que impliquen la separación familiar, siempre que la naturaleza de las mismas lo permita, se adoptarán con previsión expresa de duración o plazo, siendo éste el más corto posible”.

Art. 86. “Políticas de prevención para los menores. 1. La Generalitat y las entidades públicas relacionadas con el ámbito de protección del menor y de la familia, con el fin de prevenir o impedir cualquier situación potencial de riesgo o de desamparo de un menor, darán 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.

2. Los centros de día de menores como recurso preventivo, tanto públicos como privados, han de integrarse en las actuaciones y coordinarse con los equipos de servicios sociales de las entidades locales.

3. Esta política preventiva se reforzará mediante campañas institucionales de información y de sensibilización social, dirigidas a evitar o reducir las circunstancias carenciales o de desprotección en que se puedan encontrar los menores y, en especial, los casos de maltrato, abandono o explotación infantil”.

Art. 87. “Políticas de prevención en materia de apoyo a la familia. Las políticas de prevención en materia de apoyo familiar tendrán como principales objetivos:

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”.

Art. 95. “Medidas de apoyo familiar en situaciones de riesgo del menor 1. Se consideran medidas de apoyo familiar, la intervención técnica que realizan los profesionales del Equipo Municipal de Servicios Sociales, las prestaciones económicas que puedan otorgar las entidades públicas, y la utilización de todos aquellos programas, servicios o centros de ámbito local. 2. La intervención técnica, de carácter socio-educativo o terapéutico, es preceptiva en todo programa de intervención con el menor y su familia, y tenderá a la prevención de las situaciones de desarraigo familiar (...).”

¹⁷⁹ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010, DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010):

Art. 98. “Competencia en materia de desamparo. La Administración de la Generalidad ejerce la protección sobre los niños y los adolescentes desamparados mediante el departamento que tiene atribuida esta competencia”.

Art. 120. “Tipología de las medidas 1. Las medidas que deben adoptarse por resolución motivada, siempre teniendo en cuenta el interés del niño o el adolescente, pueden ser las siguientes: a) El acogimiento familiar simple por una persona o una familia que pueda suplir, temporalmente, el núcleo familiar natural del niño o el adolescente. b) El acogimiento familiar permanente. c) El acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa. d) El acogimiento en un centro público o concertado. e) El acogimiento preadoptivo. f) Las medidas de transición a la vida adulta y a la autonomía personal. g) Cualquier otra medida de tipo asistencial, educativo o terapéutico aconsejable, de acuerdo con las circunstancias del niño o el adolescente. 2. Las medidas de acogimiento familiar, siempre que sea posible, tienen preferencia respecto de las que conllevan el internamiento del menor o la menor en un centro público o concertado. 3. El niño o el adolescente para cuya protección es necesaria la aplicación de la medida de acogimiento en familia ajena o en centro tiene derecho a ser acogido lo

- Cantabria, en los arts. 62 y 63 de su Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia¹⁸⁰.
- La Comunidad Autónoma de Galicia, en los arts. 55 y 59 de su Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia¹⁸¹.
- La Comunidad de Castilla-La Mancha, en el art. 36 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia¹⁸².

más cerca posible de su domicilio, salvo que no le resulte beneficioso”.

¹⁸⁰ Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2011; BOC núm. 34 extraordinario, de 28 de diciembre de 2010):

Art. 62. *“Actuación en caso de desprotección grave.*

1. Cuando se constate que una persona menor se encuentra en situación de desprotección grave, los Servicios Sociales de Atención Especializada a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Cantabria 2/2007 de 27 de marzo, habrán de intervenir aplicando medidas orientadas a conseguir: a) Mejorar el medio familiar, con la colaboración de los padres, madres, las personas que ejerzan la tutela o guarda y de la propia persona menor. b) Proteger a las personas menores y salvaguardar sus derechos. c) Satisfacer adecuadamente las necesidades básicas de la persona menor. d) Proporcionar a las personas menores un entorno familiar alternativo, estable y seguro. 2. Cuando quienes ejerzan la patria potestad o la guarda no puedan cuidar a la persona menor, podrán solicitar a la entidad pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, justificando las circunstancias graves que impiden su cuidado en el entorno familiar. 3. En el caso de que la desprotección grave implique que la persona menor se encuentra en situación de desamparo, la Administración de la Comunidad Autónoma actuará conforme a los artículos 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo su tutela, adoptando las medidas de protección oportunas y poniendo estas circunstancias en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Art. 63. *“Colaboración de terceras personas. 1. A fin de evitar el desamparo de la persona menor, cualquier persona, y en especial la que tenga la guarda, podrá poner en conocimiento de la Administración la situación de desprotección en la que se encuentran. 2. Practicadas las averiguaciones oportunas, la Administración se dirigirá a quienes ostenten la patria potestad o tutela, adoptando las medidas necesarias para, en su caso, asumir la tutela o guarda de la persona menor”.*

¹⁸¹ Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia (BOE núm. 18, de 30 de julio de 2011; DO Galicia núm. 134, de 13 de julio de 2011):

Art. 55. *“Medidas de protección. Se consideran medidas de protección: a) El apoyo a la familia cuando en la resolución que lo adopte se determine su carácter de medida. b) La tutela. c) La asunción de la guarda de la o el menor, ejercida mediante el acogimiento. d) La adopción. e) Las medidas que se adopten con respecto a las menores y los menores en situación de conflicto social”.*

Art. 59. *“Concepto y contenido. 1. El apoyo a la familia tiene como objetivo proveer las ayudas económicas, materiales, sociales, educativas y terapéuticas que permitan la mejora del medio familiar y la atención de las necesidades del niño, niña o adolescente para evitar la separación familiar o procurar, en su caso, el retorno a la misma. 2. El apoyo se llevará a cabo mediante la intervención técnica de los servicios sociales comunitarios, tanto básicos como específicos, así como de los especializados, de la Administración de la Comunidad Autónoma, por parte de profesionales especializados”.*

¹⁸² Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha (DO. Castilla-La Mancha núm. 201, de 17 de octubre de 2014):

Art. 36. *“Medidas de protección en situaciones de riesgo 1. Declarada la situación de riesgo de un menor, la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores adoptará las medidas de apoyo familiar dirigidas a procurar la satisfacción de necesidades básicas y promover su desarrollo integral, mejorar su medio familiar y establecer las medidas necesarias a fin de favorecer que desaparezcan los factores que dieron lugar a la situación de riesgo. 2. Entre las medidas concretas de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya guarda se encuentra el menor podrán ser adoptadas, entre otras, las siguientes: a)*

En definitiva, las medidas a adoptar en materia de protección de menores para una situación de riesgo que puede devenir en una situación de desamparo, consisten en aplicar simples mecanismos de apoyo y rehabilitación al núcleo familiar de origen, en el que crece y se desarrolla el menor, mediante la intervención de trabajadores sociales y personal especializado de la Administración. Todo ello, encaminado a evitar la aplicación de una medida tan restrictiva como la declaración de desamparo, que implica la ruptura de las relaciones de familia, puesto que, en tal caso, el menor pasa a estar tutelado por la Entidad pública y se suspende a los progenitores del ejercicio de la patria potestad.

II.- ÓRGANOS ENCARGADOS DE DECRETAR LAS MEDIDAS PROTECTORAS

La competencia para la realización de las funciones protectoras, tanto en situaciones de riesgo como de desamparo de un menor, corresponde a los organismos de las CCAA o de las Entidades locales a los que, con arreglo a las Leyes, esté atribuido el ejercicio de esa función en el territorio en que se trate. Por tanto, la competencia para la adopción de medidas de protección de menores es única y exclusiva de la Administración, sin perjuicio de que el ámbito jurisdiccional, puedan adoptarse medidas provisionales por situaciones de riesgo en cualquier procedimiento civil o penal (art. 158 C.c.).

En lo referente a los organismos competentes en materia de protección de menores se han residenciado, en primer lugar, en la Administración autonómica (arts. 12 y 16 a 18 LOPJM). La fiscalización de la Administración en esta materia, dada su

Las actuaciones de apoyo a la familia a través de los programas y prestaciones que se determinen y, entre ellas, la ayuda a domicilio. b) La intervención técnica de los servicios sociales de atención primaria. c) La intervención técnica de los servicios sociales especializados de la Consejería competente en materia de servicios sociales, así como los que puedan prestarse a través de la colaboración con diferentes entidades públicas o privadas y, en especial, la mediación y la orientación familiar. 3. Las medidas de apoyo referidas en el apartado anterior podrán ser acordadas de forma conjunta y ser prestadas de forma simultánea cuando ello resulte procedente de acuerdo a las circunstancias que causaren la situación de riesgo. 4. La familia del menor y las personas bajo cuya guarda se encuentre, que sean beneficiarias de las medidas de protección referidas, deberán cooperar en la consecución de los compromisos y objetivos perseguidos con su prestación”.

forzada naturaleza civil, atribuida con tal carácter por la ley, corresponde a los tribunales de la jurisdicción civil y se ubica en los Tribunales de primera instancia, verificando éstos si las actuaciones llevadas a cabo por la Administración han sido adecuadas, en concreto, en los procedimientos de oposición a las medidas de protección.

Por otra parte, conforme al principio administrativo de descentralización, las CCAA han de llenar de contenido la competencia que en materia de servicios sociales reconoce la Ley de Bases de Régimen Local a las Entidades locales y, en ese sentido, es de resaltar la importancia de la actuación de los Municipios en relación con las medidas de prevención, dada la proximidad al ciudadano. Todas las medidas adoptadas por la Administración y por los Tribunales están sujetas al control del Ministerio Público¹⁸³.

Partiendo de que la LOPJM atribuyó a las Entidades Públicas la protección del menor y teniendo en cuenta que las CCAA asumieron las competencias en materia de protección de los menores en sus respectivos Estatutos de Autonomía¹⁸⁴, se han ido

¹⁸³ *Memento Práctico Francis Lefebvre*, cit., pág. 215.

¹⁸⁴ A título de ejemplo, en el caso de Andalucía, su Estatuto de Autonomía de 2007 (que sustituyó al Estatuto de 1981, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007, propugna en su art. 18, que lleva por rúbrica “Menores”: “1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes. 2. El beneficio de las personas menores de edad primará en la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a éstos”.

En el art. 42, que lleva por título “Clasificación de las competencias” se establece: “1. Corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas sobre las materias incluidas en el presente Título, que ejercerá respetando lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto. 2. La Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el presente Estatuto: 1º Competencias exclusivas, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio. 2º Competencias compartidas, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias. 3º Competencias ejecutivas, que comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado. 4º Competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario, que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma. 3. La Comunidad Autónoma de Andalucía ejercerá las competencias no contempladas expresamente en este Estatuto que le sean transferidas o delegadas por el Estado. 4. La Comunidad Autónoma, cuando así se acuerde con el Estado, podrá ejercer actividades de inspección y sanción respecto a materias de competencia estatal, en los términos que se establezcan mediante convenio o acuerdo”.

dictando las correspondientes leyes autonómicas que garantizan la protección del menor, teniendo éstas por objeto establecer las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos que a los menores reconoce la CE, la Convención de la ONU y todo el Ordenamiento en su conjunto, así como determinar el marco de actuación en orden a la protección de la infancia, adoptando aquellas medidas protectoras que deban aplicarse a los menores de edad en situación de desamparo.

Estas leyes conciben la protección del menor de forma integral, de manera que la acción protectora no sólo supone actuar sobre una situación concreta de desamparo, sino que se extiende hasta la normalización de la situación del menor, de manera que, una vez desaparecida dicha situación de desamparo, se procure la integración social del menor, debiéndose adoptar las medidas de seguimiento propias de cada caso y también procurar mantener al menor, siempre que no le sea perjudicial, en su entorno familiar más próximo, por lo que deben aplicarse las medidas que posibiliten esta finalidad¹⁸⁵.

En definitiva, como pone de manifiesto en la práctica habitual, son los Servicios Sociales de cada Comunidad Autónoma los encargados de la aplicación de las medidas de protección.

Es preciso resaltar que la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña (en adelante, LDOIA)

Y en el art. 61, que aborda los Servicios sociales, voluntariado, menores y familias recoge que: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública. b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social. c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de voluntariado, que incluye, en todo caso, la definición de la actividad y la regulación y la promoción de las actuaciones destinadas a la solidaridad y a la acción voluntaria que se ejecuten individualmente o a través de instituciones públicas o privadas. 3. Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de menores: a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal. b) La participación en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores a través de los órganos y procedimientos multilaterales a que se refiere el apartado 1 del artículo 221 de este Estatuto. 4. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución”.

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 10 y 11.

distingue qué Entidades intervienen en cada caso. Así, su art. 99 establece que, en casos de riesgo, las Entidades Públicas que intervienen son las locales, y en casos de desamparo, son competentes las autonómicas¹⁸⁶. Esta distinción funcional que establece la LDOIA no es, realmente, una novedad, puesto que ha sido la postura seguida por las Administraciones Públicas en su actividad protectora, tal como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el AAP. de Burgos de 22 de julio de 2002, el cual recoge, en su FJ. 4º, lo siguiente: *“En el supuesto de autos, todas las actuaciones llevadas a cabo por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, dependiente de la Consejería correspondiente de la Junta de Castilla y León, respecto del menor Josu G. M., realizadas antes de que con fecha 13.11.00 se declararse su situación de desamparo, se enmarcaron, dentro de las facultades de la entidad dirigidas a disminuir los factores de riesgo que incidían sobre su situación personal (...). En un primer momento la situación fue detectada por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, en donde se procedió a proporcionar a la madre y al menor una casa de acogida y se aprobó la concesión de una ayuda económica en concepto de guardería, y otra ayuda en concepto de manutención para los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1999”*.

Ahora bien, como se hace constar en esta resolución de la AP. de Burgos, en el ejercicio de esta actividad protectora cumplen un importante papel los tribunales de justicia, con la posibilidad de adoptar al amparo del art. 158 C.c.¹⁸⁷, las medidas de

¹⁸⁶ Para ALLNUEVA AZNAR, Laura: “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”. *Indret*, 2011, núm. 4, pág. 9 (http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf), la LDOIA es la Ley más completa de las dictadas hasta el momento por el Parlamento de Cataluña en materia de infancia y adolescencia. En su estructura se distingue, una parte de reconocimiento de derechos, una parte de promoción administrativa de políticas públicas (tanto preventivas como de atención una vez surgida la necesidad) y una parte de protección civil, completada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

¹⁸⁷ Art. 158 C.c.: *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas 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. 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

protección necesarias¹⁸⁸ en cualquier procedimiento civil o penal, o de jurisdicción voluntaria. Ello no obstante, la declaración de desamparo del menor, si se dan las circunstancias del art. 172.1 C.c., corresponde indudablemente, a la Entidad pública que, en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores, (en este caso, es la Junta de Castilla y León, conforme al art. 10 de la Ley Autonómica 18/1998, de 28 de diciembre).

III.- LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y SITUACIÓN ACTUAL

3.1. El objetivo de la integración y el mantenimiento del menor en el entorno familiar

De forma tajante, el art. 11.2 LOPJM dispone que la preferencia por la familia propia del menor ha de presidir la actuación de los poderes públicos, principio éste que también es proclamado por las distintas leyes autonómicas de protección del menor¹⁸⁹.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

¹⁸⁸ Se trata de medidas urgentes adoptadas por el Juez, conforme al art. 158 C.c., para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. A título ilustrativo y de curiosidad, podemos señalar que en la Memoria del Ministerio Fiscal de 2014 (pág. 459), se señala que durante este último año, el recurso a este procedimiento es desigual en unas u otras provincias. En Palencia o Soria se articula generalmente a instancia de los particulares, y en Vizcaya el Fiscal insta las medidas directamente, cuando debía hacerlo de la Administración que, en general, se muestra receptiva. Y en el caso de Huelva, el Fiscal articuló su intervención en la cuestión suscitada por los facultativos que atendían a un niño de 11 años, cuyos padres suspendieron el tratamiento de quimioterapia indicado para recurrir a procedimientos alternativos prescritos por un naturópata.

¹⁸⁹ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura, arts. 3, b) y 14; Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias, arts. 6.2ª), f) y g), y 18, 24 a 28; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, arts. 4, 12, y 18; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de Madrid, 3 y 48; Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, arts. 4.2 y 10. Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía, arts. 20 y 27; Ley1/2014, de 9 de octubre, del Menor de Castilla-La Mancha, art; 30. Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, art. 3.3 d); Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, arts. 43, 44 b), 45 h), y 76; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, arts. 46.3, 47, 48 b), c), e) y f); Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, arts. 31, 32, 38 b), c), yd), 39 f), 57, 69 c); Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, arts. 5ª) y b), 32, 36, 56, 75.1 b) y c). Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los

En consecuencia, a través de este expreso reconocimiento legislativo, se consagra en los Ordenamientos internos, lo que en el ámbito internacional se refleja explícitamente en el art. 9 de la Convención de NNUU de 1989¹⁹⁰.

En nuestro país, en el 2º Objetivo del II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA)¹⁹¹, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, se pretende avanzar en la promoción de políticas de apoyo a las familias en el ejercicio de sus responsabilidades en el cuidado, la educación y el desarrollo integral de los niños. Para ello, se parte de que el Comité de Derechos del niño de Naciones Unidas recomendaba en sus observaciones finales a España, en 2010, que *“redoble sus esfuerzos por prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación. También recomienda que se vele por que se satisfagan las necesidades de todos los niños y que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que ningún grupo de niños viva por debajo del umbral de la pobreza. El Comité recomienda*

derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, arts. 57, f) y g) y 76.1 a). Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, arts. 87, 95 y 97; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, arts. 37, 38, 84; Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria, arts. 5.1, f), 36.2, 40,h) y Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, arts. 7, 32, 38 c), 46, 47 y 56.

¹⁹⁰ Art. 9: *“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.*

¹⁹¹ http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf.

igualmente al Estado parte que refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo, para apoyar a los padres y los niños en general, y que preste apoyo adicional a las familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y aquellos cuyos padres están desempleados”.

Según el citado Plan Estratégico, es evidente que esta recomendación parte de la constatación de una necesaria y urgente política de apoyo a la familia que favorezca la conciliación familiar y laboral, que ponga en valor los servicios de apoyo a la familia y que atienda de forma prioritaria a las familias con especiales necesidades. El II PENIA incluye medidas para alcanzar dicho objetivo, partiendo del siguiente análisis de la situación actual: los niños en España viven mayoritariamente con su padre y su madre; a pesar del descenso de la natalidad, es especialmente significativo el número de familias numerosas (487.000) y también el número creciente de monoparentales (548.600 en el tercer trimestre de 2011, según “La Mujer en Cifras” del Instituto de la Mujer).

Sin embargo, el gasto social en protección familiar en España sigue siendo uno de los más bajos de la Unión Europea¹⁹².

En contraposición a ello, es obvio considerar que la familia supone el eje fundamental en una sociedad, siendo el medio natural donde el menor debe crecer y se prepara para la edad adulta. Así lo contempla la Resolución 64/142 de la Asamblea General de NNUU, aprobada el 18 de diciembre de 2009 y que lleva por título “*Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*”¹⁹³. En esta Resolución se entiende que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados, ante todo, a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora.

¹⁹² Recoge el II PENIA que, según Eurostat, el diferencial entre España y la UE en porcentaje del gasto social destinado a la función Familia es de 2'77 puntos (8'34/5'57), y en el año 2009 (último ejercicio con datos completos de toda la UE) ese diferencial se había reducido a 1'83 puntos (8/6'17). En términos de % de PIB, mientras la media de la UE en gasto en protección familiar en 2009 se situaba 2,26%, en España se alcanzó el 1,51%, uno de los porcentajes más bajos de la UE (http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf, pág. 18).

¹⁹³ A/RES/64/142.

Por ello, en la Directriz 14 de esta Resolución, NNUU establece que la separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible. Por ese motivo, las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de revisarse periódicamente, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se hayan resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería responder al interés superior del niño.

Para prevenir la separación del menor de su familia, según la citada Resolución 64/142, deberían elaborarse y aplicarse sistemáticamente criterios adecuados basados en principios profesionales sólidos para evaluar la situación del niño y la familia, incluida la capacidad real y potencial de la familia para cuidar del niño en los casos en que la autoridad o la agencia competente tenga motivos fundados para pensar que el bienestar del niño se encuentra en peligro.

Indudablemente, NNUU considera la familia un elemento clave¹⁹⁴ en la sociedad y, muy especialmente, en lo referente al bienestar de la infancia. Esta cuestión se ha puesto de manifiesto, una vez más y de forma expresa, en la Resolución 68/136, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013¹⁹⁵, sobre los

¹⁹⁴ Ejemplo de ello son las Resoluciones 44/82, de 8 de diciembre de 1989; RES/50/142, de 21 de diciembre de 1995; RES/52/81, de 12 de diciembre de 1997; RES/54/124, de 17 de diciembre de 1999; RES/56/113, de 19 de diciembre de 2001; RES/57/164, de 18 de diciembre de 2002; RES/58/15, de 3 de diciembre de 2003; RES/59/111, de 6 de diciembre de 2004; RES/59/147, de 20 de diciembre de 2004; RES/60/133, de 16 de diciembre de 2005; RES/62/129, de 18 de diciembre de 2007; RES/64/133, de 18 de diciembre de 2009; RES/66/126, de 19 de diciembre de 2011; y RES/67/142, de 20 de diciembre de 2012, relativas a la proclamación, los preparativos y la celebración del Año Internacional de la Familia y de sus aniversarios 10° y 20°.

¹⁹⁵ A/RES/68/136. En esta Resolución, NNUU considera que los preparativos y la celebración en 2014 del 20° aniversario del Año Internacional brindan una buena oportunidad para poner de relieve una vez más los objetivos del Año Internacional a fin de incrementar la cooperación a todos los niveles sobre las cuestiones relacionadas con la familia y emprender acciones concertadas para fortalecer las políticas y los programas centrados en la familia como parte de un enfoque amplio e integrado del desarrollo. Y *decide* dedicar una sesión plenaria durante el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, en 2014, a la celebración del 20° aniversario del Año Internacional a fin de examinar el papel de las políticas sobre la familia durante la elaboración de la agenda de desarrollo después de 2015; En ella:

“ 3. *Invita* a los gobiernos y las entidades intergubernamentales regionales a que recaben de manera más sistemática datos nacionales y regionales sobre el bienestar de la familia, y a que definan y apoyen medidas constructivas en materia de políticas sobre la familia, como el intercambio de información sobre prácticas y políticas recomendables;

4. *Insta* a los Estados Miembros a que consideren 2014 un año en que se deberán adoptar medidas concretas para mejorar el bienestar de la familia mediante la aplicación de políticas, estrategias y

“Preparativos y celebración del 20º aniversario del Año Internacional de la Familia”, reconociendo en su Preámbulo que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños y que los niños, para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Y, que las políticas sobre la familia son más eficaces cuando consideran a la familia como una unidad y enfocan su dinámica de manera integral, lo que incluye tener en cuenta las necesidades de sus miembros. En ese sentido, las políticas orientadas a la familia tienen por objeto, en particular, fortalecer la capacidad de los hogares para salir de la pobreza, asegurar la independencia financiera y contribuir al logro del equilibrio entre la vida laboral y familiar a fin de ayudar a distribuir las funciones familiares y fomentar el desarrollo de los niños, y que dichas políticas deben diseñarse para esos fines.

programas nacionales eficaces, y a que presten la debida consideración al fomento de la formulación de políticas sobre la familia en la elaboración de la agenda para el desarrollo después de 2015;

5. *Alienta* a los Estados Miembros a que promuevan políticas que fortalezcan la integración social y la solidaridad inter generacional mediante inversiones en programas de apoyo centrados en la familia, incluida la prestación de asistencia en materia de protección social, la prevención del abuso de las personas de edad, la protección de las personas con discapacidad, en particular los niños con discapacidad, y la inversión en instalaciones para diversas generaciones y el aprendizaje entre generaciones, y programas de voluntariado para jóvenes y ancianos y programas de mentores y de puestos de trabajo compartidos;

6. *Alienta también* a los Estados Miembros a que prosigan sus esfuerzos encaminados a elaborar políticas y programas apropiados para hacer frente a la problemática de la pobreza de las familias, la exclusión social, la violencia doméstica, el equilibrio entre el trabajo y la vida familiar y las cuestiones inter generacionales, y a que compartan las buenas prácticas en esos ámbitos;

7. *Alienta además* a los Estados Miembros a que promuevan el otorgamiento de prestaciones centradas en la familia, como la asistencia para la vivienda, las prestaciones para hijos, las pensiones de vejez, las transferencias de dinero en efectivo, la protección social, los programas de transferencia social y demás medidas pertinentes para reducir la pobreza de las familias y evitar la transferencia de la pobreza entre generaciones;

8. *Alienta* a los Estados Miembros a que, en colaboración con las partes interesadas pertinentes y de conformidad con los planes y políticas nacionales refuercen las disposiciones sobre licencia parental, amplíen las modalidades de trabajo flexible para los empleados que tengan responsabilidades familiares, promuevan la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer, fomenten la participación paterna en las responsabilidades familiares y respalden un amplio abanico de modalidades de cuidado infantil de calidad, lo que incluye invertir en servicios de atención y educación de calidad para la primera infancia, a fin de mejorar el equilibrio entre el trabajo y la vida familiar;

9. *Insta* a los Estados Miembros a que creen un entorno propicio para fortalecer y apoyar a todas las familias, reconociendo que la igualdad entre mujeres y hombres y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los miembros de la familia son esenciales para el bienestar familiar y para la sociedad en general, haciendo notar la importancia de conciliar el trabajo con la vida familiar y reconociendo el principio de la responsabilidad parental compartida en la educación y el desarrollo de los niños;

10. *Invita* a los gobiernos a que sigan elaborando estrategias y programas para fortalecer la capacidad nacional a fin de atender las prioridades nacionales relacionadas con la familia”.

En base a lo anterior, podemos concluir afirmando que, del mismo modo que la protección general dispensada al menor ha constituido, históricamente, un ámbito ajeno a la actuación de los poderes públicos, la familia también es una institución que ha quedado al margen de aquella actuación. Hoy, sin embargo, la familia constituye un elemento importantísimo de la estructura social, a la que, en consecuencia, se le debe presentar asistencia tanto social, económica y judicialmente, dando cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 39 de nuestra Carta Magna. Por tanto, el derecho del menor al mantenimiento en su medio familiar de origen requiere una importante actuación preventiva por parte de los poderes públicos¹⁹⁶.

3.2.- Las medidas de apoyo familiar

La justificación de la intervención administrativa en la familia se ampara, por consiguiente, en la superación de la identificación entre familia y Derecho civil, como una realidad en la que no era posible actuación pública alguna.

No obstante, al tratarse de dos sectores del Ordenamiento jurídico distintos (que, además, responden a principios opuestos), debe subrayarse el carácter subsidiario de la actuación pública respecto de lo que son las responsabilidades que, en primer término, corresponden a quienes tienen los menores a su cargo. Por tanto, sólo en tanto éstos falten al cumplimiento de sus deberes respecto del menor, se aplicarán las medidas de protección legalmente previstas, puesto que dicha intervención en el ámbito y en las funciones puramente familiares se contempla como *ultima ratio*. La actuación administrativa de ayuda a la familia ha de tener como objetivo la integración y el mantenimiento del menor en ella, de ahí lo dispuesto por el art. 12 LOPJM: “*los poderes públicos velarán por que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afecten al menor*”. Por ello, las medidas de protección del menor previstas en las leyes están, en todos los casos, presididas por el principio de protección a la familia y tienen por finalidad integrar al menor en su entorno familiar.

¹⁹⁶ Acerca del derecho del menor a permanecer en su entorno familiar, *vid.* MORENO-TORRES SÁNCHEZ: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, cit., págs. 119 y ss.

De forma directa, los poderes públicos articulan servicios y prestaciones concretas de ayuda a las familias para el cumplimiento de sus funciones. Este conjunto de medidas se enmarca dentro de las instituciones de protección previstas para reducir, en la medida de lo posible, las situaciones de riesgo, es decir, para intervenir en situaciones de desprotección que no alcanzan la gravedad suficiente como para proceder a la declaración de desamparo. En estos casos, se articulan sistemas de ayudas técnicas y económicas a la familia, como una medida de protección más, dirigidas a que aquélla pueda asumir plenamente sus responsabilidades como grupo y medio natural para el adecuado crecimiento y bienestar de los menores¹⁹⁷. Los padres deben conducir su actuación hacia dos aspectos, por un lado, el de garantizarle al menor un desarrollo en un ambiente sano, lo que implica que existe la posibilidad de adoptar medidas que pueden ser perjudiciales para el desarrollo y la salud de los hijos; de otro, la obligación de mantenerlo en relación con su familia, y ello respetando siempre los derechos de sus hijos, adaptándose a las cualidades de los menores, y orientando la educación y formación con respecto a sus derechos¹⁹⁸.

En líneas generales, el apoyo familiar se dirige a procurar las necesidades básicas del menor, mejorando su medio familiar y manteniéndolo en el mismo, promoviendo su desarrollo integral a través de los recursos establecidos en las leyes autonómicas de protección de menores. Se consideran recursos de apoyo familiar las prestaciones económicas o en especie, con independencia de quién sea el perceptor, que se facilitan cuando la causa determinante del riesgo para el desarrollo integral del menor proceda de situaciones de carencias o insuficiencia de recursos de su medio familiar.

Por lo que respecta a la ayuda a domicilio, se plasma a través de los servicios o prestaciones de orden material, formativo o psicosocial, que se prestan, preferentemente, en el domicilio de la familia del menor, cuya finalidad consiste en mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social. Y la intervención técnica pretende, a través de las actuaciones profesionales que la integran, restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales,

¹⁹⁷ LÁZARO GONZÁLEZ: *Los menores en el Derecho Español*, cit., Madrid, 2002, págs. 147 a 149.

¹⁹⁸ RODA Y RODA: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. (El derecho del menor a ser oído)*, cit., pág. 69.

mejorando las relaciones socio-familiares y promoviendo el desarrollo y bienestar del menor. En definitiva, se trata de ofrecer asesoramiento y orientación técnica para promover el desarrollo personal de los padres, madres, tutores, tutoras, guardadores o guardadoras y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales y una dinámica familiar normalizada, así como procurar la educación familiar adecuada para capacitar a padres, madres, tutores, tutoras, guardadores o guardadoras en sus funciones de atención, educación y cuidado de los menores a su cargo. Y, por último, se pretende establecer programas de intervención encaminados tanto a procurar la preservación o reunificación de la familia, como a conseguir una convivencia normalizada dentro del núcleo familiar. Todo ello acompañado del correspondiente seguimiento de la evolución del niño, niña o adolescente en la familia y en su medio social, por parte de los técnicos encargados de ello y dependientes de la Administración Pública competente (es decir, psicólogos, trabajadores sociales, etc.)¹⁹⁹.

Siguiendo, como ejemplo, el caso de Cataluña, las medidas de atención social y educativa que pueden establecerse tras valorarse la situación de riesgo están fijadas, a modo de lista abierta, en el art. 104 LDOIA. Estas medidas son de carácter asistencial y educativo y pueden dirigirse tanto a los menores como a sus familias. Según ALLNUEVA AZNAR²⁰⁰, por un lado, entre las medidas dirigidas a los menores pueden destacarse, a modo de ejemplo, el acompañamiento del menor al centro educativo y el soporte psicológico al mismo; la atención sanitaria; los programas formativos para los adolescentes que han abandonado el sistema escolar (letras c, f y g), entre otras. Y, por

¹⁹⁹ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura, art. 14; Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias, arts. 24 a 30; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, arts. 18 a 20; Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, art. 16; Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía, art. 20; Ley 5/2014, de 9 octubre de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, arts. 30.a), y 36; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, art. 47; Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, art. 38.4; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, arts. 53 a 55; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, arts. 54 a 57; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, arts. 42 a 47; Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, art. 87; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, art. 104; Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria, art. 57 y Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, arts. 59 y 60.

²⁰⁰ ALLNUEVA AZNAR: "Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores", cit., pág. 11.

otro lado, por lo que se refiere a las medidas dirigidas a las familias, cabe destacar la orientación, asesoramiento y ayuda a la familia, así como las actuaciones de contenido técnico, económico o material con el ánimo de mejorar el entorno familiar; la intervención familiar mediante el establecimiento de programas socioeducativos; la ayuda a domicilio; la asistencia personal para los progenitores (letras a, b, d y h), entre otras.

Como afirma esta autora, cualquier medida que se adopte, y a diferencia de las medidas que se adoptaran en los casos de situación de desamparo, prevé que los menores sigan viviendo en el núcleo familiar, bajo estricta vigilancia competencia de las Entidades Públicas locales. En la medida en que la medida sea adoptada de forma consensuada y fruto de la colaboración de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda con la Administración, no se establece ningún procedimiento para su impugnación administrativa o judicial. Lo óptimo sería que existiera colaboración por parte de los titulares de la patria potestad, así como que cumplieran con el acuerdo, pues de no ser así, la LDOIA, prevé la incoación del procedimiento de desamparo.

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

Es evidente que la actual situación económica está incidiendo de forma excesiva en todas las capas de la sociedad, dando paso a una nueva estructura social y dejando patente la falta de previsiones socio-económicas de la llamada “*sociedad del bienestar*”, para hacer frente a una crisis de tanto alcance como la que actualmente vivimos. Lejos de solucionarse, la situación se agrava, convirtiéndose en un problema endémico, dada la persistencia de la misma durante un periodo demasiado largo sin que se haya experimentado recuperación alguna.

En el informe de UNICEF sobre “*El impacto de la crisis en los niños*” (2012-2013)” se señala que el crecimiento de la pobreza crónica en la infancia en España desde 2007 hasta 2010 ha sido de un 53%, en estos años; de 2008 a 2010 hay casi 205.000 niños más en riesgo de pobreza y un 123,7% vive en hogares con nivel de

pobreza alta: hay más niños pobres y son más pobres, según recoge el ya citado II PENIA.

Según el II PENIA, las cifras de pobreza relativa y de pobreza infantil son muy preocupantes en España. El indicador para medir la pobreza relativa es la tasa de riesgo de pobreza. Las personas en riesgo de pobreza son aquéllas que viven en hogares con una renta inferior al 60% de la renta mediana equivalente, teniendo en cuenta el número de personas en el hogar. Así, según los datos que proporciona el INE en España para el año 2012, el umbral de renta se sitúa en 15.445 euros para un hogar con dos adultos y dos menores de 14 años (datos provisionales). Para la población general la tasa de riesgo de pobreza es del 21.1% (18.4% con renta equivalente al alquiler imputado). Para la población infantil menor de 16 años la tasa es del 25.9% calculada sin alquiler imputado. La situación varía según la estructura y tamaño de la familia. En la “Encuesta de Condiciones de Vida 2011” se agrava para los hogares monoparentales (38.9%); sin embargo, para las familias de dos adultos con uno o más niños dependientes, la tasa es de un 24.0%. La posibilidad de disponer de una renta por debajo del umbral de la pobreza es más de tres veces (3.3) superior en las personas con estudios primarios (28.9%) que en las que tienen estudios superiores (10.0%).

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2013 dirigido al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada en 2013²⁰¹, se recoge que la práctica totalidad de los problemas suscitados por causa de la crisis económica en las quejas durante el año 2012 se han vuelto a repetir en el ejercicio de 2013, si bien, agravados. En efecto, el deterioro que sufren muchas familias andaluzas como consecuencia de la ausencia de recursos económicos, básicamente por la ausencia de empleo de todos sus miembros y de ayudas públicas suficiente para paliar estas situaciones, se ha visto incrementado notablemente con el transcurso del tiempo. Ello determina que muchas familias se vean imposibilitadas para atender adecuadamente a sus hijos debido a la escasez de recursos económicos. Son unidades familiares con una precaria situación económica a las que la

²⁰¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2013 (9-14/IDPA-000001), publicado en el Boletín del Parlamento Andaluz (BOPA), núm. 438, de 23 de abril de 2014.

crisis ha venido a situar por debajo del umbral de la pobreza, incrementando la situación de riesgo de las personas menores que conviven en dichos núcleos familiares y, además, el deterioro de la convivencia familiar. La Institución tiene conocimiento de esta problemática no sólo por las quejas (en ocasiones, más bien llamadas de auxilio), sino también por las llamadas atendidas en el servicio del Teléfono del Menor.

En este contexto, dice el Informe de 2013, pocas novedades podemos ofrecer respecto de las argumentaciones contenidas en el documento del ejercicio anterior y del análisis que en el Informe del Defensor del Menor correspondiente al año 2011 se realizó sobre la incidencia de la crisis en el ámbito de menores.

El Informe de 2011 del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor²⁰², contenía datos que, desde nuestro punto de vista, resultan absolutamente demoledores y que pueden ser fácilmente extrapolables a cualquier otro punto de nuestra geografía, dado que compartimos un sistema común, basado en los mismos parámetros económico-administrativos. Teniendo en cuenta el exhaustivo análisis que contiene, y dado que remite al mismo el último Informe, hemos creído interesante insertar en este trabajo parte del contenido del mismo.

Consta en el citado Informe de 2011 que han sido muchos los estudios e informes realizados por diversas Organizaciones en los que se concluye que el mayor impacto negativo de la actual situación económica se ha producido en los hogares con menores de edad, impacto no sólo referido a cuestiones de renta (pobreza relativa) o a indicadores de privación (condiciones de vida), sino también a términos de exclusión social. Y cita, como ejemplo, el último informe realizado por Cáritas sobre la situación social, en el que diagnostica que la pobreza es más extensa, más intensa y más crónica, y crea una sociedad dual y polarizada, en la que la distancia entre ricos y pobres es cada vez mayor.

El panorama que describe el Defensor del Pueblo pone de relieve, con toda su crudeza, la desesperación de muchas personas ante la impotencia que les genera la imposibilidad de cambiar una situación que les impide satisfacer las necesidades básicas

²⁰² Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011 (9-12/OIDC-000001), publicado en el BOPA núm. 28, de 28 de junio de 2012.

de sus hijos. Y mientras tanto las ayudas públicas son cada vez más escasas, pues a ello se une el importante incremento de personas que demandan la colaboración de las Administraciones a fin ayudarles a paliar los perversos efectos derivados de la grave situación de nuestra economía. Es un hecho que la irrupción de la pobreza de la clase media está propiciando el incremento de las demandas de ayudas públicas en una coyuntura en la que, a su vez, son menos los recursos a repartir. Se trata de una clase media muy empobrecida que reclama medios económicos de los Poderes Públicos y que recibiendo una respuesta negativa por parte de la Administración que les lleva a la indignación, puesto que nunca han solicitado ayuda y ahora que la necesitan para atender adecuadamente a sus hijos, se les cierran todas las puertas. Se describe la situación de una familia, hasta ahora normalizada, que debido a la escasez de recursos no puede hacer frente al pago del suministro eléctrico y se lo corta la compañía de electricidad por falta de pago, dándose la circunstancia de que uno de los hijos, de tres años de edad, padecía una cardiopatía congénita que le obligaba a permanecer conectado a una máquina par cuyo funcionamiento necesitaba inevitablemente la conexión a la red eléctrica. En este caso, se resuelve el problema tras intervenir el Defensor del Pueblo ante los Servicios sociales comunitarios que proporcionaron una ayuda económica para resolver puntualmente el problema.

Respecto a las familias que ya se encontraban en situación de vulnerabilidad, resulta paradójico que, en ocasiones, perciban la intervención de la Administración, especialmente de los Servicios Sociales, como un enemigo y no como un aliado, temiendo que su intervención pueda desembocar en una retirada de sus hijos dada su precaria situación y la maltrecha economía familiar, puesto que no pueden atender debidamente a sus hijos.

Las limitaciones presupuestarias han incidido directamente en las Corporaciones Locales. Sus ingresos se han visto drásticamente reducidos, lo que se ha traducido en una merma de servicios, entre los cuales se encuentran los prestados en materia de prevención, siendo, precisamente, en una situación como la actual, cuando se hace más imprescindible potenciar la atención en el ámbito preventivo. Tales acciones deben encaminarse a detectar situaciones de riesgo e intervenir en el propio ámbito familiar y social donde se desenvuelven a fin de evitar la desprotección y el maltrato.

Los costes familiares y sociales que conlleva una deficiente intervención en el ámbito preventivo con menores en riesgo son realmente elevados. Y ello porque estas situaciones de ausencia de intervención mediante la aplicación de medidas preventivas, que atajen la situación de riesgo, puede provocar que niños de familias en precariedad económica se vean abocados a declaraciones de desamparo, con la consiguiente asunción de la tutela por la Administración, lo que implica un incremento del gasto público. La crisis también está afectando considerablemente el desarrollo de las medidas de protección, en especial, por lo que respecta a los menores declarados en desamparo, a los que se les ha impuesto una medida de acogimiento familiar con familia extensa. Estas unidades familiares, lastradas por la situación económica actual, también han de hacer frente a las necesidades económicas de los menores que tiene acogidos, lamentándose ante el Defensor del Pueblo de no recibir las suficientes ayudas económicas destinadas a sufragar los gastos inherentes al cuidado de estos menores.

El problema de la falta de recursos conlleva unos daños colaterales que, en la mayoría de los casos, implica un aumento del maltrato y la violencia intrafamiliar, según detecta esta Institución, que diferencia entre tres tipos de maltrato. Uno, el que provocan los hijos menores que caen en algún tipo de adicción que les merma la voluntad y les obliga a centrar su existencia en la búsqueda de recursos para satisfacer sus adicciones por cualquier medio. Luego está aquellos menores que padecen algún tipo de trastorno de conducta que les lleva a presentar un comportamiento disruptivo y asocial que se agrava ante una situación adversa. Y, por último, los menores que, como consecuencia de una educación excesivamente permisiva y tolerante, tienen dificultades para aceptar las reglas sociales y muestran una total falta de principios y valores morales.

Pero a estos grupos, el Defensor del Pueblo Andaluz agrega una nueva tipología constituida por menores que no aceptan las limitaciones o reducciones de bienes y servicios materiales impuestos por las familias, debido a que, en épocas anteriores, estos niños estaban habituados a disfrutar de una serie de comodidades y de un nivel de vida que han debido ser reducidos drásticamente ante la merma de ingresos familiares. Sin embargo, estas restricciones no siempre son bien aceptadas, y son fuente de importantes conflictos familiares que, en ocasiones, llegan a desembocar en agresiones a los

progenitores, quienes, castigados por la coyuntura económica, se encuentran en la encrucijada de hacer frente a otro nuevo problema familiar que los hace sentirse desbordados e incapaces de afrontar esta nueva realidad, cual es que sus hijos los maltraten.

Volviendo al Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2013, y al tratamiento que en éste se hace a cómo la crisis económica ha afectado durante dicho año a la convivencia familiar, según el Defensor del Pueblo, los estados anímicos de padres y madres provocados por la actual coyuntura económica pueden influir negativamente en la atención que prestan a sus hijos. La pérdida de confianza del adulto, la impotencia, rabia, tristeza, ansiedad, estrés hacen que la relación entre la pareja y con los hijos se deteriore sensiblemente, repercutiendo en los cuidados y atenciones a estos tanto afectivas como materiales. En dicho Informe se hace referencia al Informe de 2012, que, bajo el título “*El impacto de los desahucios en las personas menores de edad: La otra cara del drama*”, analiza los efectos que los procesos de desahucios tienen en los menores, las respuestas que están proporcionando las Administraciones públicas a esta realidad, y ofrece algunas reflexiones y consideraciones que puedan contribuir a mejorar los niveles de protección del derecho constitucional a la vivienda de familias con niños a cargo.

Este análisis es fruto de la especial sensibilidad de la Institución ante el sufrimiento de los andaluces que se quedan sin vivienda por no poder hacer frente al pago de sus obligaciones. Son familias que, vencidas sus ilusiones del pasado por la crudeza de la crisis, se preguntan ahora cómo afrontar un futuro sin vivienda. Unos lamentables hechos que están generando verdaderos dramas y que, ineludiblemente, afectan a la vida de los menores que forman parte de estas unidades familiares.

Los expertos señalan que rabia, tristeza, ansiedad, negación y una profunda sensación de derrota son los principales sentimientos que afloran en los menores cuando pierden la vivienda. El desahucio estigmatiza mentalmente y en ellos macera una generación con un gran resentimiento social, que se debate entre el rechazo a la sociedad o a sí mismos. El desahucio, en definitiva, atenta contra un pilar básico del ser humano.

El proceso es, además, lento y desgarrador. Se reciben requerimientos de los bancos y notificaciones de los juzgados, se incrementa la tensión familiar y con ella los conflictos, y a los distintos miembros de las familias les embarga un profundo sentimiento de miedo a lo inevitable. Y todo ello, a pesar de los esfuerzos realizados. Son muchos los sacrificios familiares en estos casos y que comienzan por una drástica reducción de gastos de alimentación, de ropa, de electricidad, teléfono, o de actividades de ocio.

La experiencia del Defensor de Pueblo como Institución garantista de derechos le lleva a concluir que la Administración no está preparada para dar respuestas eficaces y efectivas ante la factura psicológica y social que produce a las familias quedarse sin casa.

En efecto, al verse de manera inminente en la calle, los afectados entran en el circuito de los Servicios Sociales Comunitarios, unos servicios sobrepasados por el contexto económico. Es cada vez mayor el número de personas a atender y menores los recursos disponibles como consecuencia de los recortes y restricciones presupuestarias. Además, el acceso a una vivienda de emergencia de titularidad pública es, prácticamente, una utopía, por lo que dichos Servicios Sociales disponen de un escaso o nulo margen de intervención para realojar a los nuevos desahuciados, evitando con el realojo la situación de riesgo en la que se encuentran los menores afectados.

Recoge el Informe de 2013 que este drama familiar queda patente en las quejas que la ciudadanía plantea a la Institución. En muchas ocasiones, el problema se suscita con una entidad bancaria, es decir, una empresa privada. Sin embargo, en defensa del interés superior de los niños y niñas, viene siendo práctica habitual que apelemos a la colaboración de estas entidades para que tengan en cuenta las circunstancias personales y económicas de los afectados.

Se han adoptado, tanto por el Gobierno de la Nación como por el de la Comunidad Autónoma, distintas medidas que han tenido como propósito paliar los efectos de los desahucios por ejecuciones hipotecarias (el Informe recoge cada una de ellas). Sin embargo, a pesar de estos avances, la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, como garante de los derechos de los niños, ha querido dar un paso más para ayudar a todas aquellas familias con hijos menores a cargo que, azotadas y castigadas

por la actual coyuntura económica, están a punto de perder sus viviendas o, en el peor de los casos, ya han sido desposeídas de la misma.

El fundamento de esta intervención no es otro que el interés superior del menor, un eje fundamental en el contexto internacional y que, además, goza de protección constitucional. Y es, por ello, que el Defensor ha demandado de las distintas Administraciones que en los Planes y Programas de acceso a la vivienda, tanto en propiedad como en alquiler, se considere a las familias con responsabilidades familiares de menores a cargo como un grupo de especial protección²⁰³.

El otro problema que ha surgido con fuerza durante 2013 ha sido el de los suministros eléctricos. Por ello, entre las conclusiones y propuestas del Informe de 2013, destaca garantizar los suministros esenciales a familias vulnerables. Y es que la crisis económica no sólo ha incrementado el número de personas en situación de exclusión social, sino que también ha dejado a muchas familias en situación de riesgo al no disponer de ingresos suficientes para atender con suficiencia el pago de suministros básicos como son el agua, la luz o el gas²⁰⁴.

²⁰³ Esta peculiar protección debía quedar plasmada en tres instrumentos, según el Informe del Defensor del Pueblo 2013: en primer lugar, en un nuevo Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación; en segundo lugar, en el convenio que la Comunidad Autónoma de Andalucía debía suscribir con el Ministerio de Fomento, destinado al fomento del alquiler, conforme al Plan Estatal de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas, 2013-2016; y, por último, las Corporaciones Locales debían adaptar las normas de sus Registros Municipales de demandantes de viviendas protegidas, de modo que incluyeran un cupo específico de especial protección para familias con menores a cargo.

En este sentido, es de destacar que, con posterioridad a la publicación del Informe de 2013, se promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013), en la cual se contemplan medidas relativas a la vivienda en familias de la que formen partes menores.

²⁰⁴ Señala el Informe del Defensor del Pueblo de 2013, que según los datos que ofrece la Red Andaluza de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN-A) en su informe de situación 2013, un 12% de las familias tienen serios problemas para costear los gastos de recursos básicos como la alimentación, la ropa, el agua o la luz.

La principal consecuencia de esta realidad es que se han incrementado considerablemente los casos de cortes de suministros básicos por incapacidad de pago de la factura por parte de familias en situación de vulnerabilidad económica.

Una situación que no sólo es consecuencia de la disminución de ingresos en las familias provocada por la crisis económica, sino también el resultado de los continuos incrementos experimentados por las tarifas que gravan estos suministros básicos, especialmente significativos en el caso de la electricidad, pero no menos importante en relación al agua, cuyas tarifas han aumentado en consonancia con el incremento de la presión fiscal municipal.

Cuando la interrupción del suministro afecta a una unidad familiar en situación de vulnerabilidad económica puede comportar una degradación de la situación de los afectados, incrementando su grado de vulnerabilidad y el riesgo de caer en exclusión.

La gravedad y trascendencia social de esta realidad ha llevado a algunas Administraciones a adoptar medidas para tratar de paliar el problema creado, ya sea estableciendo fondos especiales de solidaridad o ayuda para las familias en esta situación o ya introduciendo cambios en las regulaciones de las empresas públicas que gestionan el suministro para establecer tarifas sociales o impedir o aplazar el corte del suministro a familias vulnerables.

Estas iniciativas, aun siendo loables, sólo sirven para poner de manifiesto la urgencia de una regulación común de este tipo de situaciones que evite la aparición de desigualdades y discriminaciones entre las familias vulnerables en función de su lugar de residencia.

Resulta, por tanto, necesario que se apruebe en Andalucía una norma que atienda las situaciones de pobreza energética de las familias vulnerables y ofrezca soluciones efectivas que impidan el corte de suministros básicos por imposibilidad de pago de los mismos.

La fórmula elegida para atender este tipo de situaciones, considera el Defensor del Pueblo Andaluz, debe ser el resultado de un análisis serio y riguroso de los modelos seguidos en otros países y Comunidades, destinado a conocer sus virtualidades y carencias y su aptitud para ser trasladados a la realidad andaluza.

Sea cual fuera el modelo finalmente elegido, consideramos que el mismo debe partir de una definición del concepto de “*familia vulnerable*” que sirva para marcar el ámbito de aplicación de la norma y los posibles beneficiarios de la misma, pudiendo servir, a estos efectos, como referente el concepto utilizado para determinar los beneficiarios del denominado “*salario social*”, con algunas correcciones en sus requisitos para evitar la exclusión de familias en situación real de vulnerabilidad. Asimismo, entiende que en el sistema que se establezca deben desempeñar un papel primordial los servicios sociales, especialmente, para la determinación de cuáles sean las familias vulnerables. Termina apuntando que la adopción de estas medidas que

Esta nueva realidad social formada por las familias que no pueden hacer frente al pago de suministros básicos ha motivado la acuñación del concepto de “*pobreza energética*”, una etiqueta que cada vez agrupa a más familias en nuestra Comunidad y cuyas consecuencias en términos sociales y económicos demandan la adopción urgente de medidas de respuesta. Por ello, recuerda, a estos efectos, la Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

permitan garantizar unos suministros básicos a las familias vulnerables es una medida necesaria y urgente que debe adoptarse con la mayor celeridad.

Por último, señalar que, en 2013, se han presentado ante el Defensor del Pueblo Andaluz denuncias de familias extensas que tienen en acogimiento a un menor, a las que la crisis las sitúa en condiciones vulnerables, normalmente, por la situación de desempleo sobrevenida de alguno de los miembros de la unidad o, en el peor de los casos, de todos ellos. La normativa sobre acogimiento permite que los acogedores se beneficien de una prestación económica que les ayude en el mantenimiento y sustento del menor y se lamentan del retraso de la Administración en el reconocimiento del derecho a percibir la prestación, a pesar de reunir los requisitos sociales y económicos exigidos.

En este sentido, el Ente Público Protector de Menores aduce dificultades presupuestarias que impiden atender este tipo de solicitudes, debido a que en el transcurso del año 2013 se ha procedido al cierre de recursos destinados al acogimiento residencial de menores. En este ámbito, dicha Institución ha recibido las protestas de los titulares de los establecimientos o del personal que presta servicios en los mismos, quienes ponen de manifiesto que los cierres suponen una importante merma de recursos sociales dedicados a protección de menores, ello unido al riesgo de desaparición de la propia asociación gestora del recurso, además de la pérdida de puestos de trabajo en un sector de actividad especialmente castigados por la crisis económica. Por otro lado, es de destacar en los casos analizados, que la Administración apunta a razones de incumplimientos contractuales de las entidades gestoras de los recursos, que les impide renovar los contratos de gestión del servicio.

Reconoce el Defensor del Pueblo Andaluz, en el Informe de 2011, que en épocas anteriores a la crisis se produjo una importante mejora en los recursos públicos destinados a la protección de los menores, si bien estos esfuerzos realizados todavía estaban lejos de alcanzar un estado óptimo en la protección a la infancia. Los avances de entonces no pueden ni deben verse afectados por los recortes en políticas dirigidas a este sector de la población.

En todo caso, dice que *“una Institución garantista como el Defensor del Menor debe recordar a los poderes públicos que están obligados, aún en tiempo de crisis, a*

prestar una protección especial a la infancia. De ahí que, a pesar de las limitaciones y recorte del gasto público, debemos demandar a dichos poderes públicos que promuevan e incrementen cuantas medidas y actuaciones sean necesarias para combatir el impacto de la crisis y sus efectos en los menores”.

Es más, se afirma en 2011, que algunas de estas acciones no llevan aparejada inversión económica alguna, sino un aumento de la eficacia y eficiencia en la actuación de las Administraciones: *“ciertamente tenemos el pleno convencimiento que es posible conseguir este reto sin necesidad de afrontar un incremento en los gastos públicos que sabemos inasumible en estos momentos. Tal sucede con el incremento de las medidas de coordinación entre las Administraciones ante situaciones de riesgo”.*

En este sentido, compartimos la opinión de esta Institución en cuanto que no es tan necesario una gran inversión económica como humana. Desde nuestro punto de vista, muchos de los problemas actuales se solucionarían con un buen aprovechamiento de los recursos que pueden tener inmediatamente a su alcance las familias, siendo también fundamental la aplicación de políticas educativas adecuadas e, incluso, la puesta en marcha de talleres de orientación en gestión patrimonial y economía doméstica, así como terapias psicosociales que ayuden a cohesionar a los distintos miembros de las familias con el fin de evitar que surjan episodios de violencia intrafamiliar. Éstas son algunas de las medidas que vemos posible aplicar en cualquier momento y con mayor razón en una situación como la que vivimos actualmente. En definitiva, se trata de utilizar instrumentos de bajo coste que vayan encaminados a resolver las situaciones de posible riesgo y evitar la falta de atención a los menores. Existe un amplio abanico de posibilidades al alcance de la Administración que, a nuestro entender, no se explotan debidamente, por la simple razón de falta de coordinación y que, en estos momentos, urge su puesta en marcha a fin de evitar que la situación general de la infancia se agrave. Creemos que, gran parte de la solución a la actual coyuntura infantil, pasa por medidas de apoyo a la familia.

Según el VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España, publicado recientemente en octubre de 2014 por Cáritas²⁰⁵, se ha recrudecido el problema social de la pobreza infantil, como máximo exponente de la vulnerabilidad de muchas familias. Si contemplamos el panorama general de la red social de la que disponen las personas, son las propias personas con las que se convive en el hogar y las vecinas con quienes se mantienen relaciones más frecuentes, ya que ocho de cada diez personas dicen relacionarse diariamente con miembros del hogar. Las familias españolas presentan, comparativamente, una notoria intensidad de interacción y capacidad de apoyo. La crisis económica ha incrementado el riesgo de conflicto intrafamiliar derivado de la caída de ingresos de las familias por las situaciones de desempleo y precariedad, a lo que se une un mayor tiempo de convivencia, destacándose las reagrupaciones familiares (en ocasiones, con familias enteras que se habían constituido en su propio domicilio y que son acogidas al completo) y las dificultades económicas en procesos de separación. Aun así la red familiar muestra una gran estabilidad y resistencia. La importancia de la familia como la primera comunidad de sentido y solidaridad ha permanecido y ha sostenido el envite de la crisis.

IV.- LA “KAFALA” COMO MEDIDA PROTECTORA DEL MENOR. SU RECONOCIMIENTO Y EFECTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

4.1.- Introducción

Al abordar el estudio de las medidas de protección en su conjunto, no podemos dejar de referirnos, de manera singular, a la figura jurídica de la “*Kafala*”, medida de máxima protección de menores en el mundo islámico que, en ocasiones, expande sus efectos fuera de sus fronteras²⁰⁶.

²⁰⁵ FUNDACION FOESSA: *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*. Caritas Española Editores. Madrid, 2014, págs. 463 y 464 (http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/descargas/VII_INFORME.pdf).

²⁰⁶ Acerca de dicha institución, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos doctrinales: RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la “Kafala”)”, en *RGD*, 2000, núm. 667, págs. 4419 a 4448 y en “La Unión Europea y el Mediterráneo:

La transformación progresiva de la sociedad actual, abierta a recibir otras realidades culturales, se ha instalado en un marco de deseable diálogo de civilizaciones, que, a su vez, conforma un escenario donde se generan numerosos conflictos, pues, la existencia de otras instituciones jurídicas, a veces, fundadas en principios extraños a aquellos que conforman la sociedad occidental, dejan de ser algo ajeno y exótico al filtrarse, a través de elementos heterogéneos, en las relaciones privadas. Por ello, no puede ignorarse la presencia de peculiaridades culturales y, sobre todo, religiosas en base al hecho de no adecuarse a la estructura del orden jurídico de la sociedad en la que coexisten. Surge, de este modo, una nueva generación de problemas en el escenario del Derecho Internacional Privado.

El respeto a la diversidad, necesariamente entraña, a su vez, el respeto a la ley extranjera, y aún más, el respeto a la identidad cultural y religiosa que se deriva, en ocasiones directamente, de la pertenencia a una determinada confesión²⁰⁷.

En este contexto, nos encontramos con la “*Kafala*”, una institución compleja que tiene un poderoso componente religioso y que, al tratarse de una relación jurídica extraña para el Derecho español, se cuestiona su acomodo dentro de nuestro sistema jurídico.

¿Hacia un marco jurídico transnacional para las relaciones familiares?”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2010, núm. 19, págs. 1 a 5 (www.reei.org); DIAGO DIAGO, M^a. del Pilar: “La Kafala islámica en España”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, págs. 140 a 164; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón: “Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («kafala»)”, en *Diario La Ley*, núm. 7393, 2010, [LA LEY 2131/2010]; ARCAS RAMÍREZ, Alba: “El problema de la Kafala en España: perversión de la institución y constitución *ex novo* de adopción”, en *Encuentros de Investigación Transfronteriza España-Marruecos*. Sistematización 2012-2013, Ayuntamiento de Málaga Observatorio de Medio Ambiente Urbano (OMAU), 1^a edición, 2013, págs. 15-19, MARCHAL ESCALONA, Nuria: “La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, núm. 3, págs. 49 a 75 y LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, en *ADC*, tomo LXVI, 2013, págs. 1045 a 1107.

Sin ánimo de exhaustividad, en la doctrina italiana puede consultarse ORLANDI, Maurizio: “La “Kafala” islamica e la sua riconoscibilità quale adozione”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, vol. 34, núm. 2, págs. 635 a 665 y en la francesa FONGARO, Éric: “Adoption d'un enfant étranger et jugement algérien de kafala”, en *Journal du Droit international*, 2009, núm. 1, págs. 154 a 171.

²⁰⁷ Para RODRÍGUEZ BENOT: “La Unión Europea y el Mediterráneo: ¿Hacia un marco jurídico transnacional para las relaciones familiares?”, pág. 2, cuando se aprecia un desajuste entre la visión globalizadora que de las relaciones sociales tiene el Islam y la aconfesionalidad o la laicidad de los Estados europeos y se alega la excepción de orden público internacional, “las autoridades de los países europeos que, en virtud de la solución consagrada en sus sistemas de Derecho internacional privado, han de aplicar un ordenamiento de inspiración religiosa musulmana deben tener como parámetro de actuación la igualdad de todos ante la Ley sin que quepan discriminaciones por razón de etnia, religión, sexo o creencias”.

La protección de la infancia desamparada constituye una preocupación compartida por España y Marruecos, como lo acredita el hecho de que sus respectivos Ordenamientos Jurídicos hayan articulado diversos mecanismos dirigidos a la protección específica de este colectivo de menores caracterizado por su especial vulnerabilidad, si bien, como precisa LÓPEZ AZCONA²⁰⁸, la respuesta jurídica de ambos países no es plenamente coincidente, habida cuenta de las diferentes circunstancias socioeconómicas y, ante todo, culturales que nos separan. Así, mientras en España desde 1987 se ha desarrollado un sistema público de protección de menores en el que se atribuye la tutela de los menores en desamparo a la Entidad pública competente, Marruecos ha evitado implicar a la Administración en la asistencia de este sector de la infancia, articulando, en su lugar, un sistema privado de protección de menores, cuyo principal instrumento es la “*Kafala*”. No obstante, más allá de las discrepancias existentes, el principio inspirador de sus respectivas legislaciones es el mismo, esto es, el principio de supremacía del interés del menor.

Para situar adecuadamente esta figura comenzaremos analizando su significado.

Así, podemos decir, que el término árabe “*Kafala*” hace referencia a dos conceptos: uno, relacionado con la garantía de pago, pero, según DIAGO DIAGO²⁰⁹, no sólo referido a cuestiones pecuniarias, por lo que entendemos que se refiere al carácter obligacional de un negocio jurídico; otro, el referido al compromiso de cuidar al menor, lo cual se relaciona íntimamente con el interés del niño en el que se declara fundada *La Sharía* o Ley Islámica.

En relación al segundo de los conceptos, el cual aquí nos interesa, la “*Kafala*” es una institución propia del mundo islámico, mediante la cual el “*Kafil*” (titular de la “*Kafala*”), adquiere el compromiso de hacerse cargo, de forma voluntaria, del cuidado, educación y protección de un menor (“*Makfoul*”)²¹⁰, de la misma manera que “*un padre*

²⁰⁸ LÓPEZ AZCONA: “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, cit., págs. 1047 a 1048.

²⁰⁹ DIAGO DIAGO: “La *Kafala* islámica en España”, cit., pág. 142.

²¹⁰ Como señala LÓPEZ AZCONA: *Op. cit.*, pág. 1055, la protección específica se dispensa a los menores abandonados, pero no a los incapacitados, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, no están dotados de una protección específica cuando se encuentren en situación de abandono, por lo que solo son beneficiarios de los instrumentos genéricos de protección que contempla el art. 211 *Mudawana* para los incapacitados, que no son otros que la tutela legal (*wilaya*), la tutela testamentaria (*wisaya*) y la tutela dativa (*taqdim*).

lo haría por su hijo". En este sentido, es importante resaltar la forma en que describen las obligaciones derivadas de la "Kafala" tanto el Código Argelino de estatuto personal en su art. 116 (*"de igual forma que lo haría un padre por su hijo"*), como la Ley marroquí N° 15-01, de 13 de junio de 2002 promulgada por el Dahir 1-02-172, relativa a la "Kafala" de los menores abandonados, que en su art. 2 dice textualmente: *"la guarda (kafala) de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley consiste en el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación, y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo"*. Para terminar añadiendo en el siguiente párrafo que *"la kafala no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión"*²¹¹.

En cuanto a la configuración concreta de la Kafala así como sus requisitos formales y sus modalidades de funcionamiento, presenta variaciones según el Ordenamiento islámico de que se trate, si bien todos tienen en común el fundamento y anclaje de la figura en la ley divina relevada por Dios, en la Sharía, de modo que el factor religioso integra la esencia de esta peculiar forma de protección de los menores y encuentra su explicación en un principio que inspira los sistemas jurídicos islámicos y que consiste en la preservación de los lazos de sangre y como consecuencia de ello, se consagra la exclusión de la adopción²¹².

Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (*vid.* versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII); tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (*cfr.* arts. 121 a 123 del Código de Familia argelino, y arts. 83.3 de la Mudawana marroquí y arts. 2 y 17 del Dahir núm. 1-02-172 de 13 de

²¹¹ Como indica DIAGO DIAGO: *Op. cit.*, pág. 142, "el Corán pondera el cuidado de los niños sin hogar, (debe recordarse que el mismo Mahoma fue huérfano) y lo hace dentro del marco de reconocimiento por la Sharia y desde hace más de 14 de siglos, de numerosos derechos a los niños. Esta institución está íntimamente ligada a los valores sociales tradicionales que presiden la sociedad islámica en general y en concreto a sus valores religiosos".

²¹² DIAGO DIAGO: *Íbidem*.

junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley núm. 15-01 relativa a la toma a cargo –“*Kafala*”- de niños abandonados)²¹³.

4.2.- Aspectos generales del régimen jurídico de la “*Kafala*”

Dejando, por ahora, a un lado la relación entre adopción y “*Kafala*” (más adelante la retomaremos), y centrándonos en la figura en sí misma considerada, comenzaremos por señalar que la “*Kafala*” se ha de constituir por un *Kafil* de confesión musulmana. Esta particularidad refuerza su carácter especial que, una vez más, la aleja de la figura de la adopción, y que responde a su instrumentalización hacia la tarea de la educación del niño en la religión musulmana. Como señala DIAGO DIAGO²¹⁴, no debe olvidarse la fisonomía de los Ordenamientos de los países de Oriente Próximo, que, al presentar un carácter confesional, da coherencia a esta regulación, por tanto, esta figura no puede aislarse, a no ser que se someta a una grave desnaturalización, con lo cual ya no estaríamos hablando de “*Kafala*”, sino de otra figura jurídica distinta.

En Marruecos, como ya se ha puesto de manifiesto, la “*Kafala*” es regulada por la Ley núm. 15/01, relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, cuyo art. 2 la define como el compromiso de asumir benévolamente la protección, educación y manutención de un menor abandonado, de igual manera que lo haría un padre por su hijo.

Conforme el art. 1 de la Ley, se atribuye la condición de “menor abandonado” a todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los dieciocho años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente;
- ser huérfano o tener padres incapaces de atender a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia;

²¹³ STSJ. de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009, 27362), FJ. 3º, párr. 2º, que sigue la Resolución-Circular de la DGRN. de 15 de julio de 2006.

²¹⁴ DIAGO DIAGO: *Op. cit.*, pág. 144.

- ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquellos privados de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o incapacitación del otro, se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor.

Como pone de manifiesto LÓPEZ AZCONA²¹⁵, de la lectura del citado precepto resulta que el legislador marroquí, en un planteamiento que difiere del Derecho español, no extiende la noción de abandono a toda situación de falta de asistencia, sino que la circunscribe a situaciones muy concretas, fuera de las cuales un menor no es susceptible de ser declarado en situación legal de abandono ni, por tanto, puede ser protegido a través de las concretas instituciones que contempla la Ley núm. 15-01, entre las que se encuentra la “*Kafala*”.

Una de las peculiaridades que presenta la *Kafala* marroquí es que, entre las condiciones que debe cumplir aquellos a los que se les confía la *Kafala*, no está el de ser nacionales marroquíes por lo que se acepta la *Kafala* internacional siempre que los que la asuman cumplan con los requisitos expuestos y sin que se pueda soslayar el de la pertenencia a la religión islámica.

La “*Kafala*” puede constituirse notarial o judicialmente. La constitución notarial sólo es posible cuando sean conocidos los padres del menor, quienes deberán consentir el acogimiento, de lo que se dará fe, mediante la redacción de la oportuna acta.

En caso contrario, la constitución de la “*Kafala*” exige la previa declaración de abandono del menor *ex art.* 6 de la Ley núm. 15/01, que se realiza a través de un procedimiento judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, el cual está encomendado al Juez de Tutelas (arts. 14 a 18 de la Ley núm. 15/01). Esta intervención judicial tiene gran importancia desde la perspectiva del Derecho español, pues, según veremos más adelante, el reconocimiento de efectos jurídicos de la “*Kafala*” en España se subordina a que se haya constituido con intervención de autoridad pública, judicial o administrativa.

Respecto de sus efectos, la “*Kafala*” no da derecho ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del “*kafil*” (art. 2 de la Ley núm. 15/01), si bien se permite que la

²¹⁵ LÓPEZ AZCONA: “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, cit., pág. 1057.

persona que asume la “*Kafala*”, pueda beneficiar al menor acogido con una donación, legado, Tanzil. El “*kafil*” viene obligado a mantener, guardar y proteger al menor acogido, velando por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales, hasta que alcance la mayoría de edad (la cual empieza con los 18 años *ex art.* 209 del Código de Estatuto Personal, a excepción de que el “*makfoul*” sea una niña, en cuyo caso su manutención deberá prolongarse hasta su matrimonio)²¹⁶, siendo responsable civil de los actos del mismo (art. 22 de la Ley núm. 15/01). En contraprestación, la persona que asume la *Kafala* se beneficiará de las indemnizaciones y los subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones. Se limita la libertad del *kafil* para establecerse en el extranjero de manera permanente con el *makful*, de modo que para que pueda abandonar el territorio de Marruecos requerirá de una autorización del Juez Tutelar que tendrá en cuenta el interés de las partes (art. 24 de la Ley núm. 15/01).

Por último, la “*Kafala*” se extingue al alcanzar el menor la mayoría de edad (a no ser que en él concurren minusvalías o sea incapaz de satisfacer sus propias necesidades, o se trate de una chica no casada), por muerte del “*makfoul*” o “*Kafil*”, por incapacidad de este último o por resolución judicial que revoque el acogimiento, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias del mismo; por último, por disolución del establecimiento, organismo o asociación a quien se hubiera encomendado la “*Kafala*” (art. 25 de la Ley núm. 15/01).

En Argelia, la “*Kafala*” se regula en los arts. 116 a 125 del Código de Familia, el primero de los cuales la define como la obligación de hacerse cargo, benévolutamente, del mantenimiento, educación y protección de un niño menor, del mismo modo que lo haría un padre respecto de su hijo.

Al igual que en Marruecos, la “*Kafala*” podrá acordarse ante notario, con el consentimiento de los padres del niño, si éstos son conocidos (art. 117 del Código de

²¹⁶ Según hace ver DIAGO DIAGO: *Op. cit.*, pág. 146, esta diferencia de trato dependiendo de las circunstancias del caso concreto, revela una mayor protección respecto de las niñas que en esta cuestión son asimiladas a hijas, pues en el caso del varón no se prevé la continuación del deber de manutención más allá de los 18 años y ello puede interferir en la continuación de sus estudios, lo que no ocurrirá en el caso de que la niña no haya contraído matrimonio.

Familia); en caso contrario, necesariamente, deberá constituirse judicialmente, previa declaración de abandono, por el procedimiento regulado en los arts. 492 a 497 del Código de Procedimiento Civil y Administrativo de 25 de febrero de 2008, seguido ante el Juez de Familia, con intervención del Ministerio Fiscal.

El “*kafil*” ostenta la tutela legal del “*makfoul*” (art. 121 del Código de Familia), por lo que administra, en su interés, los bienes que éste pueda recibir por herencia o por donación (art. 122 del Código de Familia).

El niño acogido debe conservar su filiación de origen, si sus padres son conocidos (art. 120 del Código de Familia). Si ambos o uno de ellos demanda la reintegración de la tutela, el niño, si lo permite su grado de discernimiento, podrá optar por el retorno con sus progenitores o, por el contrario, seguir en compañía de la persona que lo tiene acogido; si su edad no lo permite, será el juez quien decida, teniendo en cuenta el interés del menor (art. 124 del Código de Familia).

Si el menor carece de padres conocidos, el Decreto de 13 de enero de 1992 permite que el niño pueda adquirir el apellido de la persona que lo ha acogido, si ésta así lo solicita.

En el supuesto de muerte del “*kafil*”, la tutela del “*makfoul*” se confiere a los herederos de aquél, si aseguran hacerse cargo del mismo; en caso contrario, la autoridad judicial atribuirá la guarda del niño a la Entidad pública competente en materia de asistencia (art. 125 del Código de Familia)²¹⁷.

A diferencia de Marruecos, que acepta la “*Kafala*” internacional, en el caso de Argelia se exige que el “*kafil*” sea argelino, condición de nacionalidad que es exigida también en Siria o Jordania respecto a sus nacionales, que tampoco aceptan la “*Kafala*” de extranjeros e, incluso, llegan a prohibir que el “*kafil*”, aun nacional, se instale en el extranjero con el niño. En cambio, en estos supuestos, como ya se ha apuntado, la legislación marroquí exige la autorización del Juez de Tutelas y siempre en interés de las partes.

Sea cual sea el perfil diseñado para la “*Kafala*” por los distintos sistemas jurídicos musulmanes, lo que no varía es su fundamento religioso. Así, sólo podrán ser

²¹⁷ DE VERDA BEAMONTE: “Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («*kafala*»)”, cit. [LA LEY 2131/2010].

“*kafil*”, los musulmanes puesto que asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán.

Sin duda alguna, la “*Kafala*” es una medida de protección del menor, que encuentra su fundamento máximo en el art. 20 de la Convención de NNUU de 1989²¹⁸. Del mismo modo el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños) recoge de manera expresa, entre las medidas protectoras de menores, el acogimiento mediante “*Kafala*” en sus art. 3.e) y 33²¹⁹.

²¹⁸Art. 20 Convención NNUU 1989: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

²¹⁹ Arts. 3 y 33 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996:

Art. 3:

“Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a:

a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación;

b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual;

c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;

d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo;

e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga;

f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo;

g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”.

Art. 33:

“1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por «*kafala*» o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.

2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.

Por ello, considera DIAGO DIAGO²²⁰ que el reflejo que tiene esta institución en los textos internacionales citados, hace que deba proyectarse como una cuestión fundamental en el marco del orden público internacional, puesto que, en definitiva, la caracterización general de la “*Kafala*” la sitúa dentro del marco de la protección del menor y de las medidas que cada Ordenamiento articula para ello, siendo, en este sentido, la medida que proporciona el máximo de protección previsto por los países islámicos. Sin embargo, en los Ordenamientos occidentales, dicha medida lo es la adopción, tal y como se recoge en el Convenio de la Haya 1993²²¹.

Por tanto, se trata de dos instituciones que encuentran su fundamento último en el interés superior del menor, si bien, desde el punto de vista jurídico, se trata de dos figuras distintas y que, por tanto, no deben ser confundidas, dado que la “*Kafala*” se aparta definitivamente de la adopción, puesto que a diferencia de esta última, jamás creará vínculos de filiación. De hecho, la adopción, en la mayoría de países árabes está prohibida (es *haram*), con la excepción de Túnez que la admite en la Ley nº 58-27, de 4 de marzo, si bien la práctica es escasa. Según el art. 149.1 del Código de Familia marroquí “*la adopción no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima*”²²². De este modo, siguiendo a DE VERDA BEAMONTE, quedaría descartada la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial entre el

²²⁰ DIAGO DIAGO: *Op. cit.*, págs. 143, 144 y 145.

²²¹ EM. del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993:

“Los Estados signatarios del presente Convenio,

Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986)”.

²²² DIAGO DIAGO: *Op. cit.*, pág. 142.

“*kafil*” y el “*makfoul*”, razón por la cual no puede ser considerada como una clase de adopción internacional, tal y como exige el art. 1.2 de Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional para la aplicación de la misma²²³.

4.3.- La “*Kafala*” a la luz del Derecho español. “*Kafala*” y adopción

En primer lugar, y para centrar la cuestión, hemos de partir del hecho de que la “*Kafala*” se constituye fuera de España y se trata de un acto de jurisdicción voluntaria que surtirá efectos en nuestro país a través del reconocimiento, sin necesidad de acudir al “*exequátur*”. La resolución extranjera de “*Kafala*” deberá pasar, por consiguiente, un “reconocimiento incidental”, que comporta siempre un control de regularidad de los requisitos procesales de tal resolución, el cual realizará la autoridad que corresponda hacer valer los efectos del acto en cuestión²²⁴.

En suma, el régimen normativo aplicable al reconocimiento de una “*Kafala*” marroquí depende de la interpretación que se adopte del término “*resolución*” que incorpora el convenio hispano-marroquí²²⁵, puesto que si éste es amplio, a juicio de MARCHAL ESCALONA²²⁶, las “*Kafala*” anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de la entrada en vigor en España del Convenio de la Haya (relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños) de 19 de octubre de 1996²²⁷, deberían ser reconocidas a partir de la entrada en vigor del Convenio hispano-

²²³DE VERDA BEAMONTE: “Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («*kafala*»)”, cit. [LA LEY 2131/2010].

²²⁴DIAGO DIAGO: *Op. cit.*, pág. 151.

²²⁵*Vid.* Convenio de 30 de mayo 1997, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997).

²²⁶MARCHAL ESCALONA: “La *kafala* marroquí: Problemas de ayer, hoy y mañana”, cit., pág. 23.

²²⁷Art. 53: “1. El Convenio se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado.

2. El Convenio se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de las medidas adoptadas después de su entrada en vigor en las relaciones entre el Estado en que se han adoptado las medidas y el Estado requerido”.

marroquí del año 1997, mediante “*exequátur*” e ignorando el régimen que establece el art. 34 la Ley 54/2007²²⁸.

Según la citada autora, si se interpreta en sentido estricto el art 34 de la Ley 54/2007, se aplicaría para el reconocimiento de aquellas “*Kafala*” constituidas en el periodo de tiempo que media desde la entrada en vigor de dicha Ley de Adopción Internacional el día 30 de diciembre de 2007, y la entrada en vigor del Convenio de la Haya de 1996 el día 1 de enero de 2011. Para el caso de las “*Kafala*” constituidas con anterioridad al 30 de diciembre de 2007, el régimen normativo aplicable al reconocimiento dependerá de si la “*Kafala*” es judicial o notarial²²⁹. A las “*Kafala*” judiciales anteriores, para que sean reconocidas en nuestro país, serán de aplicación los arts. 951 a 958 de la LEC-1881, por remisión de la Disp. Derog. 3ª de la LEC-2000; en el caso de las “*Kafala*” constituidas ante Notario, se aplicará el art. 323 de la LEC-2000.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta afirmación no parece absolutamente acertada, razón por la cual necesitaría una mayor concreción. Por ello, creemos interesante destacar que, tal como recoge la Resolución-Circular de la DGRN. de 15 de julio de

²²⁸ Art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras.

“1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos siguientes:

1º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española.

2º Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares, con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

3º Que la institución de protección extranjera debe haberse constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución.

4º Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

2. En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera relativa a estas instituciones si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español”.

²²⁹ MARCHAL ESCALONA: “La *kafala* marroquí: Problemas de ayer, hoy y mañana”, cit., pág. 23.

2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales ²³⁰, resulta preciso señalar que para lograr que una adopción constituida ante autoridad extranjera surta efectos legales en España (ya deba o no acceder al Registro Civil español), no puede acudirse al procedimiento de “*exequátur*” regulado en los todavía vigentes arts. 952 a 954 de la LEC-1881. La razón de tal imposibilidad radica en la circunstancia de que las adopciones son actos de jurisdicción voluntaria y el procedimiento de “*exequátur*” no es aplicable a tales actos, como ha señalado reiteradamente la DGRN.²³¹ (de esta regla general hay que dejar a salvo lo que puedan disponer los Convenios internacionales al respecto, que en algunos casos requieren la superación de un procedimiento de “*exequátur*” para el reconocimiento extraterritorial de resoluciones de jurisdicción voluntaria y, dentro de ellas, las resoluciones relativas a la constitución de adopciones internacionales²³²).

En defecto de “*exequátur*”, establece la DGRN. en la citada Circular-Resolución de 15 de julio de 2006, que la adopción constituida ante autoridad extranjera podrá surtir efectos legales en España mediante tres vías jurídicas: bien a través de los Convenios bilaterales firmados por España con otros países; bien a través del régimen legal específico contenido en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional; o bien a través de las normas de producción interna contenidas en los arts. 9 ap. 4º y 9º y ap. 5º del C.c. Por tanto, ante la ausencia de todo instrumento internacional aplicable, las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras surten efectos legales en España en la forma prevista por el párrafo 4º del art. 9 ap. 5º del C.c., conforme al cual “*en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente. En su caso,*

²³⁰ RCL 2006, 1652.

²³¹ Cita en este punto la RDGRN. de 15 de julio de 2006, a modo de ejemplo, sus Rs. de 28 de junio de 1996 (RJ 1996, 6739) y 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 3857), entre otras.

²³² Como sucede, por ejemplo, en el caso del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (RCL 1994, 301, 729) o el Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (RCL 1994, 1847).

para la adopción de un español será necesario el consentimiento de la Entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España”.

De este modo, según expone la DGRN. en la Resolución que estamos citando, el art. 9, ap. 5º C.c. fija los requisitos necesarios para que una adopción constituida por una autoridad extranjera surta efectos legales en España, incluyendo la determinación de la ley aplicable a la capacidad y consentimientos necesarios. Es, por tanto, una norma relativa a la “*validez extraterritorial de resoluciones extranjeras*”, que regula, en consecuencia, la eficacia en España de las adopciones constituidas por autoridad extranjera, y sólo parcialmente una norma relativa a la determinación de la ley aplicable a algunos de tales requisitos. Por tanto, la autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida ante autoridad extranjera controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España a través del art. 9 ap. 5º C.c., como ha sido señalado²³³.

Ahora bien, la propia Resolución-Circular reconoce en el apartado cuarto que existen “*adopciones extranjeras*” cuyos efectos no son equiparables a los que produce la adopción regulada en España y que, por tanto, no surten efectos en España como “*adopciones*”, en las que se encuadra la «*Kafala*» al tratarse de una institución que no crea un vínculo de filiación entre el «*kafil*» o persona que asume la “*Kafala*” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español²³⁴, que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, pero que ni crea vínculos nuevos de fijación, ni

²³³ Vid. RDGRN. de 15 de julio de 2006, dentro de su apdo. II dice al respecto, textualmente, que “esto es precisamente lo que ha de hacer el Encargado del Registro Civil español al que se le solicita la inscripción de una adopción internacional, que al calificar positivamente la documentación que se le presenta con la solicitud de inscripción realiza un reconocimiento incidental de la adopción internacional (vid. Consulta de la DGRN. de 22 de diciembre de 2004, denegando la inscripción en caso de falta de la concurrencia de tales requisitos en aplicación de la Disp. Adic. 2ª de la LOPJM, conforme a la cual «*para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el Encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9 núm. 5 del Código Civil*»”.

²³⁴ Vid. RRDGRN. de 14 de mayo de 1992 (RJ 1992, 5251), 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8022) y 13 de octubre de 1995 (RJ 1995, 9985).

rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (*vid.* arts. 173 y 173 bis C.c. y entre otras, la Resolución de 1 de febrero de 1996 [RJ 1996, 2450]).

La DGRN. aclara, en el apartado II, punto 4, apdo. 5º de su Circular-Resolución, que la “*Kafala*” musulmana y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre el “*kafil*” (o persona que asume la “*Kafala*” del menor) y este último, pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneren el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC-2000). Sin embargo, nunca podrán ser reconocidas en España “*como adopciones*”, sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la «*calificación por la función*», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el “*acogimiento familiar*” que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio (acogimiento familiar simple), bien con carácter permanente (acogimiento familiar permanente), pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (cfr. arts. 173 y 173 bis C.c. y Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996). Por tanto, dada su similitud funcional, la “*Kafala*” puede considerarse en España como un “*acogimiento familiar*”.

Delimitada la figura de la “*Kafala*”, y teniendo en cuenta el interés que actualmente despierta las dificultades que encuentran las familias españolas para acoger niños marroquíes en “*Kafala*”, dada la negativa del gobierno marroquí a autorizar las mismas, hemos de afirmar que resulta absolutamente comprensible la postura marroquí, en tanto que, una vez resulta acogido el menor en “*Kafala*” y se le traslada a España, la figura se desnaturaliza pues, por un lado, difícilmente se educa al menor en el Islam, y por otro lado, se pretende la adopción, lo cual resulta contrario al sentido de la misma, teniendo en cuenta que en los países musulmanes la adopción está absolutamente prohibida.

Es importante señalar que en los últimos meses la institución islámica de protección del menor “*Kafala*”, ha experimentado una importante contracción en Marruecos, debido a la Circular nº 40 S/2 del Ministerio de Justicia y Libertad marroquí emitida por el Ministro Mustafá Ramid²³⁵, en la que insta la denegación de la “*Kafala*” a solicitantes extranjeros que no tengan residencia habitual en el país. Y ello, para “(...) *asegurar más fácilmente que aquellos que insten una Kafala cumplan con las condiciones morales y sociales estipuladas por la ley; la aptitud del kafil para educar al menor bajo los preceptos del Islam; la posibilidad del Juez de menores de realizar controles sobre el menor; y en caso de violación o no cumplimiento de las obligaciones por parte del kafil, la posibilidad de interponer acciones penales contra el mismo (...)*”.

Según ARCAS RAMÍREZ²³⁶, se comprueba que una de las razones de esta reacción político-jurídica de Marruecos ha sido la pérdida de control de las autoridades marroquíes del cumplimiento de las obligaciones de los responsables de la “*Kafala*”. Pero, además, ha sido determinante el comportamiento jurídico de algunas autoridades judiciales españolas en colaboración con operadores jurídicos, mediadores y los propios particulares al propiciar el cambio de estado civil del “*makfoul*” al llegar a España sometiéndolo al procedimiento de adopción con la consiguiente ruptura de los vínculos filiales con la familia marroquí y creación de una nueva filiación con la familia española aunque solo a la luz del Derecho español, pues el Derecho marroquí prohíbe la alteración de la filiación de una persona. Y lo peor; intereses económicos, políticos, culturales o religiosos que se justifican bajo el interés del menor con contenido diferente según los intereses de quien lo defiende.

Sin embargo, las últimas noticias, de junio de 2013, parecen indicar un cambio de actitud. En efecto, el Gobierno español se ha comprometido con Marruecos a no constituir adopciones de menores traídos a España en régimen de “*Kafala*”, así como a garantizar el seguimiento de los menores en nuestro país, con el objetivo de desbloquear los procesos abiertos de 61 familias españolas. En palabras de ARCAS RAMIREZ²³⁷, la tortura legal partió de la equiparación, primero doctrinal y luego legal, de la “*Kafala*”

²³⁵ Publicada el 20 de septiembre de 2012.

²³⁶ ARCAS RAMÍREZ: “El problema de la *Kafala* en España: perversión de la institución y constitución *ex novo* de adopción”, cit., pág. 15.

²³⁷ ARCAS RAMÍREZ: *Op. cit.*, pág. 16.

como acogimiento familiar (art. 34 Ley 54/2007²³⁸) y ello llevó a subsumir la institución en el ámbito de aplicación del art. 176.2. 3ª C.c. aplicable a procesos de protección de menores en supuestos internos, para iniciar, posteriormente, un proceso de adopción *ex novo*, que no conversión, suprimiendo la exigencia de la propuesta previa de la Entidad pública a favor del adoptante al llevar más de un año bajo la tutela del “*kafil*”, ahora adoptante. Sin embargo, equivalencia no significa identidad a todos los efectos y menos a los efectos de modificación del estado civil de una persona en un supuesto internacional o transfronterizo²³⁹.

En opinión de RODRIGUEZ BENOT²⁴⁰, la “*Kafala*” no puede acogerse al mecanismo de convalidación o convertibilidad en adopción plena previsto por la norma del art 9 C.c.²⁴¹; es más, en cuanto a su alcance no puede siquiera considerarse como adopción simple. Por ello, una “*Kafala*” constituida, por ejemplo, en Marruecos en la

²³⁸ Art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional. Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras: *1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos siguientes:*

1º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española.

2º Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares, con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

3º Que la institución de protección extranjera debe haberse constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución.

4º Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

2. En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera relativa a estas instituciones si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.

²³⁹ ARCAS RAMÍREZ: *Op. cit.*, pág. 18.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ BENOT: “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la “*Kafala*”)", cit., págs. 4438 a 4439.

²⁴¹ Hay que tener en cuenta que el art. 9.5 C.c., según redacción dada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, dispone que la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en dicha Ley y que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción internacional.

que el “*kafil*”, de nacionalidad española y de religión musulmana acogiera a un menor marroquí, o en la que el “*kafil*”, de nacionalidad marroquí, hiciese lo mismo con un menor español, no podría ser reconocida ni inscrita en el Registro Civil como una adopción, conforme lo viene manifestando la DGRN. desde la Resolución de 14 de mayo de 1992²⁴². Este autor considera necesario, para que esta situación produzca efectos en nuestro Ordenamiento, la constitución de una adopción *ex novo* ante la autoridad judicial española, opinión que compartimos completamente.

En este sentido, es de destacar el Auto de la Sala de lo Social del TS. de 10 de febrero de 2009²⁴³. Los hechos relatan que el demandante, de nacionalidad marroquí, estaba casado con la causante, de igual nacionalidad y fallecida el 12 de junio de 2003. La causante falleció por enfermedad común, era titular de permiso de trabajo y residencia en España y se encontraba afiliada al Régimen Especial de Empleados de Hogar desde agosto de 1991, sin constancia de descubierto en el pago de cuotas.

El matrimonio había obtenido, mediante una sentencia del Tribunal de 1ª instancia de Larache, autorización para la custodia de dos niños abandonados, nacidos en 1999, al amparo de la ley marroquí 15-01 relativa a la Guarda (“*Kafala*”) de los menores abandonados. Y cuando se solicita al INSS la pensión de orfandad para esos menores acogidos en “*Kafala*”, el INSS deniega el reconocimiento del derecho al percibo de la pensión de orfandad solicitado por el demandante, al amparo del contenido literal del art. 175 Ley General de la Seguridad Social²⁴⁴, argumentando *"no tener la condición de beneficiarios de pensión de orfandad, según lo dispuesto en el artículo 16 de la orden de 13.02.1967, en relación con el artículo 21.1.c) de la misma Orden"*. Además, se apoyaba en la RDGRN de 15 de julio de 2006, según la cual el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución similar a la adopción plena del Derecho español y deja sentado que la “*Kafala*” no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, puesto que, simplemente, se limita a fijar una obligación personal

²⁴² RJ 1992, 5251.

²⁴³ JUR 2009, 154016.

²⁴⁴ Art. 175.1 de Ley General de la Seguridad Social (RD. 1/1994, de 20 de junio): *Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o en situación asimilada al alta. Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del número 1 del artículo 174 de esta Ley.*

por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptado y se obligan a satisfacer su manutención y educación de forma similar a la situación de acogimiento del Derecho español, de modo que la “*Kafala*” nunca podrá ser reconocida en España como adopción sino como acogimiento.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda, resolución estimatoria que fue ratificada por el TSJ. de Madrid, declarando el derecho de los dos menores a percibir las prestaciones de orfandad derivadas del fallecimiento de la causante, condenando al INSS al pago de dichas prestaciones, puesto que considera que la “*Kafala*” debe compararse con el conjunto "adopción-acogimiento" para efectuar una asimilación funcional "menos drástica por depender del efecto jurídico buscado". A este respecto, la sentencia tiene en cuenta que tanto la “*Kafala*” como la adopción arrancan de un acogimiento público o administrativo; la “*Kafala*” establece una obligación de vigilancia y tutela idéntica a la adopción; en caso de concurrir hijos naturales con el sometido a “*Kafala*”, éste debe beneficiarse de forma igualitaria de los medios disponibles por la familia; y la persona que asegura la “*Kafala*” tiene derecho a los subsidios e indemnizaciones concedidos a los padres por el Estado o instituciones públicas²⁴⁵. La sentencia enlaza con lo dispuesto en los arts. 10 y 14.1 LO 4/2000, puestos en relación con el art. 9.4 C.c. En definitiva, lo que viene a decir la sentencia es que la “*Kafala*”, aun no constando la filiación natural ni la pervivencia de ese vínculo, es decir, aun adoleciendo de los requisitos necesarios para ser considerada una adopción, sí cumple la misma función asistencial que la adopción.

En relación a esta sentencia señala FERNÁNDEZ ROZAS²⁴⁶ que si acudimos al Derecho Internacional Privado español, contemplado en el caso comentado (*vid.* los requisitos necesarios que recoge el art. 26 Ley 54/2007²⁴⁷), se advierte que no es posible

²⁴⁵ En la STSJ. de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 40405) se denegó una subvención porque el menor marroquí acogido en “*Kafala*” no figuraba inscrito en el Libro de Familia como hijo adoptado de la recurrente, requisito exigido en las bases de la convocatoria correspondiente de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades. La recurrente alegaba la similitud de la “*Kafala*” con la adopción para tener derecho a la subvención.

²⁴⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional privado”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. LXI-2, 2009, págs. 515-518, Id. vLex: VLEX-223436137, <http://vlex.com/vid/223436137>.

²⁴⁷ Art. 26 de la Ley 54/2007: Requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales:

reconocer una adopción constituida en un país extranjero por adoptante español si los efectos de esa adopción constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos por la legislación española. Según el citado autor, esta última condición está pensada para evitar la transformación fraudulenta en adopciones de instituciones como las adopciones simples o la “Kafala” marroquí, que no establecen un auténtico vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, o no implican la ruptura de los vínculos anteriores, o incluso prevén la revocabilidad de la adopción. En estos casos, se

1. En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos:

1º Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente.

La adopción debe haberse constituido por autoridad pública extranjera, sea o no judicial. Se considera que la autoridad extranjera que constituyó la adopción es internacionalmente competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

2º Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción.

A tal efecto, si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España, ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente.

2. Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español.

Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero.

En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

3. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.

4. Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

5. El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

considera necesaria la equivalencia, pues el reconocimiento o inscripción registral de dichas adopciones con los efectos previstos por la ley española implica dotar a la institución de unos efectos de los que carece. Sin embargo, dicha cautela debe afectar a cualquier adopción constituida en el extranjero susceptible de ser reconocida en España, tanto registralmente, como incidentalmente en juicio, y ello con independencia de que el adoptante sea o no español. Con carácter general, son tres los elementos determinantes de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero respecto de la prevista en la legislación española: a) integración plena del adoptando en la familia adoptiva, b) extinción de los vínculos con la familia anterior, y c) irrevocabilidad de la adopción.

Como apunta FERNÁNDEZ ROZAS²⁴⁸, en este caso, el Juzgado de lo Social había reconocido la pensión de orfandad por aplicación del principio de igualdad ya que, de lo contrario, entiende, se produciría una discriminación indirecta, por la imposibilidad de adquirir el carácter de hijos adoptivos. Con impecable razonamiento el TSJ de Madrid²⁴⁹ realizó una operación de transposición (“*lo que hay que contrastar con la “Kafala” no es la adopción o el acogimiento sino al conjunto “adopción-acogimiento” y por tanto efectuar una asimilación funcional menos drástica por depender del efecto jurídico buscado*”). Dicha asimilación tiene en cuenta los rasgos comunes entre la adopción y la “Kafala” (acogimiento público o administrativo; obligación de vigilancia y tutela idéntica). Entiende que el menor debe “*beneficiarse de forma igualitaria de los medios disponibles por la familia*”. Por esa razón, la persona que se encuentra acogida mediante la “Kafala” tiene derecho a los subsidios e indemnizaciones concedidos a los padres por el Estado o instituciones públicas. Con semejante razonamiento el TSJ. de la Comunidad de Madrid entendió que, en el caso enjuiciado, no se trataba de analizar comparativamente, en cuanto instituciones, la adopción y la “Kafala” en general, sino a los efectos concretos del derecho de acceso a una prestación de la Seguridad social española y con el designio de dar cumplimiento, no tanto a una exigencia igualdad, y sí de paridad²⁵⁰.

²⁴⁸ FERNÁNDEZ ROZAS: “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional privado”, cit., pág. 517.

²⁴⁹ STSJ. de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2008 (AS 2008, 959).

²⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS: *Op. cit.*, págs. 517 y 518, recoge que el fallo es importante porque tras el reconocimiento de la transposición, la jurisprudencia española se coloca dentro de una corriente que se ha ido admitiendo por los tribunales europeos. Y continúa diciendo textualmente: “*La jurisprudencia*

En nuestra opinión, ello está en línea con la jurisprudencia europea. Baste recordar que ya se ha realizado, a instancias de la Corte de Estrasburgo, una labor de acomodo a nuestro Derecho de figuras de la etnia gitana, como la ceremonia nupcial por su propio rito en relación a la pensión de viudedad por muerte de uno de los contrayentes, cuanto más ha de hacerse con las figuras de la enorme comunidad islámica²⁵¹, como la “Kafala”, en la que al principio de no discriminación se une la protección del interés del menor.

Desde una óptica amplia, cabría pensar en la equiparación de la “Kafala” con el acogimiento, que se define como una figura protectora del menor que produce la plena participación de éste en la vida familiar e impone a quien lo recibe la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173 C.c.). El contenido del acogimiento viene a coincidir en lo esencial con la “Kafala”; de este modo, una nueva apelación al principio básico del interés del menor abocaría a la autoridad española que hubiera de decidir acerca del alcance de la

europea había registrado, de manera contradictoria, algunos antecedentes del problema de interés como el suministrado por la Sentencia del Tribunal de Distrito de Amsterdam 19 de junio de 1958 respecto al reconocimiento en los Países Bajos de la adopción de un menor británico, efectuada en Inglaterra, que no se ajustaba al carácter de «plena»; el tribunal entendió que la tutela ejercida por los padres durante un periodo determinado de tiempo, de conformidad con la lex causae, era suficiente para justificar el cambio de estado del niño y que por tanto tenía un «efecto similar» al exigido en la legislación holandesa (Sauveplanne, J. G., «New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Court Practice», R. des C., t. 175, 182, p. 43). En Bélgica la práctica de los tribunales había sido en principio contraria a la homologación, sobre todo en relación con nacionales marroquíes; y ello pese a que en no pocas ocasiones las partes interesadas han invocado la existencia en el Derecho marroquí de instituciones como la Kafala (que asegura al menor un mantenimiento completo y lo inserta en la familia de acogida) o el Tanzil (concesión a una persona del título de hijo a efectos sucesorios) que presentaban una gran similitud con la adopción y más explícitamente, la necesidad de proceder a una adaptación de instituciones (Fallon, M., «La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans des adoptions internationales», Rev. trim. dr. familial, 1983, pp. 133-14). Pero esta situación sería paliada parcialmente con la Ley de 27 de abril de 1987, que prescindió de la referida aplicación distributiva de las leyes nacionales cuando se tratase de menores de quince años. De esta suerte, si la ley nacional del adoptado y de los cónyuges adoptantes regula la institución adoptiva se aplica ésta directamente; sin embargo si los cónyuges tienen nacionalidades diferentes o si la ley personal del adoptado, de los cónyuges adoptantes o de ambos no conoce la adopción será de aplicación la ley belga una vez cumplidos ciertos requisitos de residencia. En Francia la Sentencia del Tribunal de Apelación de Limoges (Ire Ch) 24 de junio de 1993 rechazó la adopción plena de un menor marroquí nacido de padres desconocidos porque la ley aplicable que debía ser considerada «aux yeux de la loi française» y, desde esta óptica, comportaba «una restricción considerable de los derechos de los adoptados, incompatibles con los efectos normales de la adopción plena» (Rev. crit. dr. int. pr., 1994, p. 751)”. Y termina diciendo que la equivalencia, es la función principal del art. 26.2º de la Convención de La Haya de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

²⁵¹ Así lo propone CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: “La difícil neutralidad del Estado español ante el fenómeno internacional religioso”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 13, 2010, pág. 241.

“Kafala” y considerarla similar al acogimiento, con la posibilidad de inscripción en el Registro Civil. De este modo, la situación de prohijamiento constituida en el extranjero y reconocida en España como tal puede permitir evaluar el periodo de convivencia del menor extranjero en la familia española acogedora, todo ello con idea de constituir la adopción *ex novo* en su momento a fin de establecer un vínculo de filiación definitivo e irrevocable²⁵².

Como expresa la STSJ. de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2013²⁵³, en su FJ. 3º, las dudas que pudieran suscitarse respecto a qué clase de acogimiento familiar es asimilable la “Kafala”, a los efectos de la reagrupación familiar (pues no todos los supuestos previstos en los arts. 172 y ss. C.c. llevan aparejada la representación legal del menor, y sólo en el apartado 2º del art. 173 bis C.c. se contempla la posibilidad de que el Juez atribuya a los acogedores permanentes el ejercicio de las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades), han sido despejadas por la Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, sobre la “Kafala”, declarando que *"cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento de kafala no constituido por los padres biológicos del niño (por no estar estos determinados, ser un huérfano el menor o haber sido este declarado abandonado por la autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa (tal como se contempla, por ejemplo, en la Ley 15-01 marroquí de guarda de menores abandonados, de 13 de junio de 2002). En estos casos se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podrá tener carácter permanente..."*, contemplando dicha Instrucción la validez

²⁵² RODRÍGUEZ BENOT: “El reconocimiento de las medidas de protección...”, cit., págs. 4440 y 4441.

²⁵³ JUR 2013, 311461.

de la vía de la reagrupación familiar para que el menor pueda trasladar su residencia a España.

Sin embargo, cuando la “*Kafala*” se otorga por los padres biológicos, sin intervención judicial ni administrativa, y sin previa declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda no puede considerarse representante legal del menor en España, porque nuestro Ordenamiento Jurídico lo impide, ya que la patria potestad se ha de ejercer siempre en beneficio del menor y comprende los deberes y facultades de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes; como dichos deberes y facultades trascienden del ámbito meramente privado, su ejercicio no es facultativo, sino obligatorio, por lo que tienen carácter indisponible e irrenunciable, lo que impide el abandono de la patria potestad y determina que sólo pueda extinguirse o suspenderse por causa legal. Y lo mismo cabe predicar, en su caso, de la tutela ordinaria.

En definitiva, como asegura ARCAS RAMIREZ²⁵⁴, la “*Kafala*” no es una adopción, ni un acogimiento, ni una tutela. La “*Kafala*” simplemente es “*Kafala*” y toda práctica de calificación por la función debe entenderse como una simplificación que busca facilitar el entendimiento, pero nunca como una conversión en algo distinto.

Efectivamente, a nuestro juicio, la “*Kafala*” debe considerarse una especial medida de protección del menor que goza del reconocimiento de NNUU al encontrarse expresamente recogida en el art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño como una institución para la protección y desarrollo armonioso del niño con efectos jurídicos para el menor así como para la persona encargada de él.

No obstante, en relación con el concepto occidental de protección del menor puede resultar particular, al no encuadrarse dentro de nuestro sistema legal, puesto que no admite la posibilidad de crear vínculos de filiación en el futuro, aunque, sin embargo, puede resultar útil para acceder a la adopción *ex novo*, siempre y cuando beneficie al menor²⁵⁵, puesto que resulta evidente que entre el menor acogido en “*Kafala*” y los

²⁵⁴ ARCAS RAMIREZ: “El problema de la *Kafala* en España: perversión de la institución y constitución *ex novo* de adopción”, cit., pág. 18.

²⁵⁵ Sirva como ejemplo el AAP. Barcelona de 27 de junio 2011 (AC 2011, 2030), se parte de una “*Kafala*” para constituir una adopción. Establece en el FJ. 2º que “la Sala estima, que en el presente caso de constitución *ex novo* de una adopción de un menor extranjero que se encuentra en régimen de

acogedores se crean unos vínculos afectivos, que, al resultar a aquél beneficioso, pueden abrir la puerta a la adopción *ex novo* (*vid.* art. 176.2, 3ª C.c., en concordancia con el art. 239 del mismo Cuerpo legal).

A pesar de ello, a nuestro modo de ver, estos acogimientos así constituidos, nunca deberían pasar de acogimientos permanentes, dado que el negocio jurídico del que trae causa la “*Kafala*” prohíbe los cambios de filiación. Dicho aspecto, así como las connotaciones religiosas, creemos, debería respetarse siempre, pues forman parte de su particularidad como figura jurídica.

Por lo demás, en lo relativo a reconocer a la “*Kafala*” los efectos patrimoniales positivos de la adopción, dado que benefician al menor, lo consideramos perfectamente

acogimiento familiar, no se requiere la propuesta previa de la entidad pública. Dicha propuesta previa se exige en los supuestos de adopción de un menor que ha sido previamente declarado en situación de desamparo por la entidad pública, como resulta coherente con la regulación en materia de protección de menores y con las atribuciones o competencias que en esta materia tiene la Administración. Corresponde a la entidad pública, después de declarar a un menor en situación de desamparo y de asumir su tutela por disposición legal, como tutora del menor, valorar los supuestos en los que procede la constitución de un acogimiento; tiene atribuida la competencia para la constitución del acogimiento simple y para la constitución del acogimiento preadoptivo cuando no hay oposición de los padres biológicos y le corresponde finalmente presentar la demanda de constitución de acogimiento preadoptivo cuando hay oposición de los padres biológicos. Es por ello que la ley exige una propuesta previa de adopción, cuando el menor se encuentra en acogimiento preadoptivo constituido por la autoridad judicial a petición de la entidad pública o por la propia entidad pública o cuando el menor se encuentra en situación de acogimiento simple en determinadas circunstancias, en tanto la entidad pública actúa como tutora del menor y el artículo 120 del Codi de Família excluye la necesidad de la referida propuesta previa, cuando ha transcurrido un año, es decir, cuando la situación de acogimiento se ha prolongado lo suficiente para entender que ya no es necesaria la intervención de la Administración.

Estos supuestos son totalmente diferentes a los que se plantean en la constitución de una adopción de un menor extranjero, cuya situación de acogimiento viene determinada por resolución de la autoridad competente del país de origen del menor. La intervención de la entidad pública en estos supuestos se limita a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España, pero no es la institución o autoridad que ha constituido el acogimiento o ha solicitado su constitución y su intervención no viene determinada por su condición de tutora legal del menor extranjero. Si la medida de protección de menores adoptada por la autoridad competente extranjera es asimilable a una tutela, el propio artículo 120 del Codi de Família no exige la propuesta previa, permitiendo a los adoptandos la petición directa ante los Juzgados, sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptante y la concurrencia de las demás condiciones y requisitos exigidos en la ley.

Además, debemos tener en cuenta que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional no exige la propuesta previa de la entidad pública en las adopciones de menores extranjeros en situación análoga al acogimiento o a la tutela constituida en el extranjero, tal como ha ocurrido en el presente caso.

En definitiva, y para concluir, debe afirmarse que una interpretación sistemática de los preceptos reguladores de esta materia y una interpretación finalista del artículo 120 del Codi de Família, así como razones de coherencia y racionalidad del sistema de protección de menores, conduce a considerar que en el presente supuesto no debe exigirse la propuesta previa de la entidad pública ni en consecuencia el transcurso de un año desde la fecha en que el menor se encuentre en situación de acogida”.

admisible y compatible con nuestro Ordenamiento, porque, en tal sentido, sí se equipararían “*Kafala*” y adopción al considerarse ambas las figuras de máxima protección del menor, una en el mundo islámico y otra en Occidente.

TEMA 2:
EL DESAMPARO

SUMARIO

I.- EL CONCEPTO DE DESAMPARO

- 1.1.- Un concepto reciente
- 1.2.- Un concepto indeterminado a determinar casuísticamente
- 1.3.- El desamparo y los delitos contra las relaciones familiares: una delimitación necesaria
- 1.4.- La definición de desamparo en la legislación autonómica

II.- EL DESAMPARO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

- 2.1.- Presupuestos
- 2.2.- Líneas generales del procedimiento para la declaración de desamparo
- 2.3.- El cese de la situación de desamparo y el derecho del menor a su reinserción en la familia de origen

III.- EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO EN TERRITORIO ESPAÑOL

- 3.1. Introducción
- 3.2.- Problemática social
- 3.3.- El estatuto jurídico de los MENA
- 3.4.- La regulación del menor no acompañado en la LO 4/2000 y en su Reglamento de aplicación
- 3.5.- La repatriación del menor extranjero no acompañado. Concepto
- 3.5.1.- El procedimiento de repatriación
- 3.5.2.- La importancia del trámite de audiencia en el proceso de repatriación

----- O -----

***Nota introductoria:** La constatación de la situación fáctica de “desamparo” por los Poderes públicos se considera el detonante de la actuación administrativa, al provocar la asunción de la tutela por la Entidad pública, la cual conlleva la retirada del menor de su núcleo familiar de origen, para pasar a ser tutelado y guardado por la Administración, comenzando, de este modo, un proceso encaminado a culminar con la adopción del menor. Dentro del desamparo, hemos creído oportuno estudiar el de los menores extranjeros no acompañados, teniendo en cuenta la actual realidad del problema de la inmigración infantil. El presente Capítulo está íntimamente unido a los dos siguientes, los cuales versan asimismo sobre la situación de desamparo, formando los tres un único bloque, si bien, a fin de conseguir mayor claridad expositiva, se ha considerado conveniente, a la luz de la trascendencia práctica de algunas cuestiones, realizar un estudio separado de las mismas.*

I.- EL CONCEPTO DE DESAMPARO

1.1.- Un concepto reciente

En los siglos XIX y XX el concepto de “abandono” o “expósito” venía siendo propio de la legislación administrativa, al referirse al objeto de las instituciones que desempeñaban determinadas actividades de beneficencia. La Ley de 24 de abril de 1958 lo incorporó al art. 178 C.c., derogando la Ley de 17 de octubre de 1941 que regulaba la adopción de los “*acogidos en casas de expósito y otros establecimientos de beneficencia*”.

Aquella reforma no definía el término, exigiendo sólo expresamente la permanencia en tal situación por tres años. El abandono posibilitaba la adopción plena sin el consentimiento de los titulares de las potestades tuitivas.

Posteriormente, la Ley de 4 de junio de 1970 diseñó un concepto objetivizado, que estuvo en vigor hasta la entrada de la Ley 21/1987, que consideraba abandonado al “*menor de 14 años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, siendo irrelevante que se haya producido por causas voluntarias e involuntarias*”. Por ello se entendió²⁵⁶ que los pactos de delegación de facultades

²⁵⁶ La STS. de 12 noviembre 1988 (RJ 1988, 8442) dice en su FJ. 3º que “(...) *el expediente de adopción es correcto y su resolución inatacable en la forma y por los conceptos que se exponen en el motivo. Es obvio, que la redacción sustantiva del Código Civil, aplicable al caso de autos es la de la Ley 7/1970 de 4 de julio (RCL 1970\1121 y NDL 626 nota), con las pequeñas rectificaciones de 13 de mayo de 1981 - Ley 30/81 (RCL 1981\1700 y Ap NDL 1975-85, 2355)- y en consecuencia, conforme al art. 174 del referido Texto legal «en la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres ...» habiéndose cumplido con el requisito puramente formal de haberse dado conocimiento del expediente de adopción a la madre donde manifestó su oposición y tal circunstancia fáctica de ser hija abandonada la adoptada, viene declarada en forma incontestable por las afirmaciones contundentes y no desmentidas ni desvirtuadas por el único cauce legal casacional apto para hacerlo del número 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuya afirmación procede no sólo de las sentencias recaídas en el procedimiento a que se contrae el presente recurso, sino de la sentencia de la causa penal y del propio expediente de adopción que adquirieron firmeza ya que de todas ellas se viene en conocimiento de la decisión de desprenderse de la hija ya desde un principio; de la entrega a los dos días del nacimiento a los ahora padres adoptantes a través de la amiga de la madre Ana M. L. que ya antes del parto les ofreció a los hoy demandado-recorridos, proporcionarles un niño o niña pequeños y por último que desde el nacimiento en 15-3-81, hasta febrero de 1982, no se hizo por la recurrente ninguna diligencia tendente a preocuparse de la neófita en ningún sentido, ni siquiera la petición de noticias, por todo lo cual es irrelevante la cuestión de si le correspondía o no la patria potestad a la recurrente, pues aunque así fuera, por el hecho de su no ejercicio, de calidad tuitiva (conjunto de obligaciones y derechos), no era preciso su consentimiento a tenor del precitado art. 174 del Código Civil, resultando por ello que la adopción es irrevocable conforme al art. 177-1 del Texto legal mencionado (redacción Ley 11/1981, de 13 de mayo), lo que comporta el rechazo del motivo y en definitiva de las pretensiones de la recurrente*”

paternas quedaban, así, sancionados por esta vía indirecta, precisándose que aunque no procediese el abandono, sí sería posible el ejercicio de la acción de privación de patria potestad en los casos en que se constatará el ánimo de desentenderse del cumplimiento de las obligaciones familiares.

En los párrafos siguientes del art. 174 C.c. se completaba el concepto con la regulación del abandono por la entrega en casas o en establecimientos benéficos. Aquí, sin embargo, se formulaba de manera culpabilista la situación de carencia del menor, y ésta se originaba si antes o después del ingreso en el Centro de acogida se constataba la intención de los padres, guardadores o parientes de desinteresarse por la suerte del menor internado en dicho Centro, bien porque se entregara a la institución de acogida sin datos identificativos, o bien porque dicha entrega se hiciera con la voluntad tácita o expresa de abandonarlo. En cualquier caso, si en el plazo de seis meses no se mostraba efectiva voluntad de asistencia, se estimaba el abandono del menor. Posteriormente, la Ley de 13 de mayo de 1981 redujo dicho plazo a un mes. Se debe precisar que, bastaba que se interesase algún pariente por el menor para impedir la situación de abandono, y que la entrega del menor al Centro de acogida podía hacerla tanto el padre como el guardador²⁵⁷.

Así las cosas, el concepto de desamparo se podría considerar como relativamente nuevo en nuestro sistema de Derecho civil. Es la Ley 21/1987, de 11 de noviembre la que, al introducir los cambios sustanciales en nuestro sistema de protección de menores, sustituye el anticuado concepto de “*abandono del menor*” por el de “*desamparo*”, cambio éste que dio lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la Entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave²⁵⁸.

Según establece el art. 172.1 C.c., se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado

expuestas en el escrito de réplica”.

²⁵⁷ VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, cit., págs. 12 y 13.

²⁵⁸ Párrafos séptimo y octavo de la EM. de la LOPJM.

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.

1.2.- Un concepto indeterminado a determinar casuísticamente

El concepto de desamparo es indeterminado²⁵⁹, debiendo ser concretado en atención a las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso.

²⁵⁹ El anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014, modifica el art. 172.1 C.c. sin incluir en dicho precepto un concepto determinado de desamparo. En cambio, en la modificación que hace del art. 18 LOPJM sí establece determinadas situaciones que identifica como desamparo:

Art. 18. Actuaciones en situación de desamparo. 1. Cuando la Entidad Pública considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. 2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 del Código Civil, se considerará 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 situación de pobreza de los padres, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo.

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular, se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor:

a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los padres, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los padres, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia, cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas.

d) 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 padres, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la

El menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica²⁶⁰, siendo lo importante que aquél se encuentre privado de la necesaria asistencia moral y/o material, lo cual legitima la actuación de la Entidad protectora. No precisa, pues, la carencia de personas que ejerzan la guarda del menor, sino que, aunque estas personas existan, se encuentren imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el

ausencia de tratamiento por parte de padres, tutores o guardadores o falta de colaboración suficiente durante el mismo.

e) 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, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de análoga naturaleza.

g) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

3. Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.

4. En caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida jurídica de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste. Tampoco será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor, a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas.

5. En los supuestos en los que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los padres o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiere determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual.

En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela.

Los posibles conflictos de competencia que pudieren originarse habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando dilaciones en la toma de decisiones que pudieren generar perjuicios al mismo.

La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España.

6. En los supuestos en que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero convenga que se cumplan en España, o las adoptadas por las autoridades españolas que se cumplan en el extranjero, se atenderá a lo previsto en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o al Reglamento (CE) número 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.”.

²⁶⁰ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 578.

mismo como inadecuado, colocando al menor en esa situación de desasistencia²⁶¹. Se debe resaltar cómo, en orden a la apreciación de desamparo, se exige, en todo caso, la concurrencia de un resultado específico: la falta de asistencia al menor.

Considera PEREZ ÁLVAREZ²⁶² que puede hacerse una lectura objetiva del art. 172.1 C.c. al tenerse en cuenta que la resolución administrativa de desamparo procede, incluso, en los casos de desamparo material o moral que no obedezca a la conducta culposa de los titulares de la patria potestad para con sus hijos²⁶³.

²⁶¹ *Memento Práctico Francis Lefebvre*, cit., pág. 218.

²⁶² PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río* (GARCÍA RUBIO, coord.), Cívitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2009, págs. 711 y 712.

²⁶³ En la SAP. de Sevilla de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 122651), el Letrado de la Junta de Andalucía se alza contra la Sentencia dictada por la Juez de instancia que estimando la demanda de oposición formulada por la representación procesal de D. Alfredo contra la resolución dictada por la Entidad Pública de Protección revoca la misma, dejando sin efecto el acogimiento residencial derivado de la situación de desamparo y declarada acordando la entrega inmediata del menor José Augusto a sus padres. Realmente, si se examinan los hechos, no puede decirse que el menor estuviera sin asistencia moral y material, sino que se creó una situación complicada, provocada por la detención madre del menor, extranjera y en situación irregular, detenida tras discutir con los coarrendatarios, y por la ausencia del padre, también extranjero en situación irregular, que se encontraba en Valencia resolviendo unos asuntos burocráticos. En ese momento, la policía que detuvo a la madre entregó al menor a los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, que decretó un desamparo. La madre fue puesta en libertad a las dos horas de ser detenida, y el padre llegó de Valencia al día siguiente, pero el menor estaba ya bajo la tutela de la Junta de Andalucía y en acogimiento residencial. Como recoge el FJ. 3º, la Sala no aprecia que al dictarse la correspondiente resolución administrativa de desamparo por parte de la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía se dieran los suficientes motivos de riesgo, en lo que respecta al menor José Augusto, para su declaración en situación legal de desamparo, puesto, que la intervención de la Entidad Pública de Protección tuvo su origen en la detención de Dª Sagrario, madre del menor de referencia, quien tras una discusión con los otros coarrendatarios del piso que compartían, es detenida por la policía y trasladada a las dependencias policiales. Como el padre del menor no estaba residiendo en esta ciudad por motivos laborales, el niño quedó en situación fáctica de desamparo, lo que propició que la policía actuante entregase al menor en el Centro Luis Toribio de Velasco (Centro de acogida de menores que depende de la Administración Pública), donde se constató que el mismo estaba bien cuidado, atendido, escolarizado y con información positiva del centro educativo. Si bien la madre fue puesta en libertad al cabo de unas horas, sin embargo, cuando fue a recoger a su hijo ya tenía asumida la tutela la Junta de Andalucía puesto que había dictado la resolución administrativa que declaraba el desamparo.

Es decir, de lo actuado se desprende que si bien es cierto que los padres no tenían regularizada su situación administrativa en nuestro país pues carecían de la documentación correspondiente y provenían de un país extranjero, también lo es, no sólo que llevan residiendo unos tres años en España, con medios de vida suficientes para su sostenimiento, integrados socialmente y ocupando en alquiler una vivienda en buenas condiciones de habitabilidad, sino la fuerte vinculación del menor de referencia con los mismos y el empeño en la reagrupación familiar por estos últimos (reiteramos que dicho menor se encontraba bien cuidado, escolarizado, cubiertas sus necesidades más elementales, no constando taxativamente que sufriese episodios de malos tratos o existiese una fuerte conflictividad entre la pareja).

En consecuencia, partiendo del derecho de todo menor a crecer, ser atendido y educado en el seno de su familia natural (recogido en toda la legislación tanto a nivel nacional como supranacional), así como que el interés preferente y superior del mismo ha de primar sobre cualquier otro, la AP. asume y comparte, en

Respecto al desamparo, las disposiciones legales guardan silencio sobre las causas que lo motivan. No obstante, la interrelación que existe entre los supuestos que constituyen el desamparo y las causas que lo motivan es objeto de consideración tanto por la Administración pública, a fin de justificar la correspondiente resolución que lo declare, como por el Órgano judicial, en caso de oposición al desamparo, al objeto de valorar la corrección de la correspondiente declaración.

Por tanto, siguiendo la definición del magistrado UTRERA GUTIÉRREZ²⁶⁴, el concepto legal de desamparo requiere tres elementos básicos:

- a) Un incumplimiento de los deberes de protección a los que hace referencia el art. 154 C.c. como contenido normal de la patria potestad (es decir, velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes). Dicho incumplimiento puede ser total o parcial (“*inadecuado*”); derivar de una actitud culposa de los padres, tutores o guardadores, o, incluso, tener una causa ajena a su voluntad (imposible ejercicio de los deberes).
- b) Que dicho incumplimiento genere una privación de asistencia material (alimentos en el sentido amplio del art. 142 C.c.) o moral (afectividad, relaciones interpersonales) y que tenga cierta duración (a ello haría referencia el término “*situación*” que emplea el C.c.).
- c) Que exista un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la falta de asistencia al menor, quedando excluidos del concepto de desamparo aquellos supuestos en que no exista dicha relación de causalidad, como, por ejemplo, cuando un menor presenta evidencias de falta de cuidados, sin embargo tales daños son consecuencia del propio carácter del menor y no el resultado de un inadecuado ejercicio de los deberes de

esencia, la apreciación valorativa y fundamentación jurídica recogida por la Juez “*a quo*” en la resolución recurrida (no se constata algún déficit parental en los progenitores) acordando la reinserción familiar ante la inexistencia “*a priori*” de factores de riesgo determinantes de la situación de desamparo en relación al menor de referencia pero debiendo efectuarse un seguimiento a dicha unidad familiar mediante la intervención de Equipos especializados; por lo que valorada y analizada la prueba desde la óptica del interés prioritario de este último, procede la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida, sin perjuicio de la supervisión y seguimiento por parte de los Servicios Sociales correspondientes.

²⁶⁴ “Protección de menores. Acogimiento, adopción y tutela”, cit., págs. 304 y 305.

guarda, es decir, se trata del caso en el que, por una leve distracción del guardador, la conducta del propio menor puede generar daños en su persona (como ocurre con los menores hiperactivos, por ejemplo).

En cuanto a los supuestos de quien debe, en palabras de SERRANO GARCÍA²⁶⁵, “*desamparar*”, según este autor son muy numerosos. Así, pueden provocar el desamparo: los titulares de la patria potestad (tanto padres biológicos como adoptivos) y los tutores; los acogedores que tienen las obligaciones que les encomienda el art. 173.1 C.c.; el defensor judicial del menor; y el guardador de hecho (art. 303 C.c.).

En este aspecto y según el mismo autor, se debe distinguir entre, de un lado, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección de ámbito personal (art. 154, 269 y 173.1 C.c.), sin incluir los deberes patrimoniales, en tanto que el art. 172.1 C.c. se refiere al inadecuado de ejercicio de los deberes de guarda del menor (velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos); y, de otro lado, cuando resulte imposible ejercitar los deberes de guarda, lo que ocurrirá a los incapaces (debiéndose atender a la sentencia) para con sus hijos, los ausentes, los que sufran enfermedades físicas o psíquicas que pueden generar comportamientos u omisiones que hagan necesaria la intervención de la Entidad pública, la necesidad económica y el intenso déficit socio-cultural²⁶⁶.

En opinión de SERRANO GARCÍA, la cual nosotros compartimos, la privación de la necesaria asistencia moral o material lleva a consideraciones como la de que la intervención administrativa debe producirse siempre que los menores estén mal o desviadamente guardados. Ahora bien, en cuanto a decretar la tutela *ex lege* para asumirla la Administración, ésta sólo procede cuando los menores se hallen privados (en el sentido de totalidad) de lo necesario (el autor entiende por necesario, “*aquello sin lo que la persona del menor en sus aspectos morales y materiales pueda quedar comprometida en su desarrollo*”)²⁶⁷.

²⁶⁵ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 578 y 579.

²⁶⁶ SERRANO GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 579.

²⁶⁷ Tal vez, SERRANO GARCÍA (*Op. cit.*, pág. 579, ap. 4.) debió utilizar una expresión más clara. Creemos que al referirse a lo “*necesario*”, lo hace partiendo de la definición que del adjetivo hace el Diccionario de la RAE, como lo “*que es menester indispensable, o hace falta para un fin*”. A nuestro modo de ver, esta definición puede quedar más claramente expresada del siguiente modo: verse privados de aquellos recursos tanto físicos como psíquicos imprescindibles para cubrir las necesidades presentes y

Así, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 172 C.c., siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ²⁶⁸, podemos afirmar que el desamparo tiene su causa en determinadas situaciones referentes al ámbito familiar en el que se produce. De hecho, la resolución administrativa que declara el desamparo y, lógicamente, la previa desasistencia moral y material del menor en cuestión, se inserta en núcleos familiares que presentan unos perfiles que se reiteran en la práctica. Se trata de circunstancias que afectan, al progenitor/es, o persona encargada de la guarda de dicho menor. De estas situaciones son frecuentes las siguientes:

- La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor y el desarrollo de su personalidad. Suele tratarse de familias que presentan un patrón crónico de maltrato, agresividad, conflictividad intrafamiliar grave, con episodios de violencia en presencia de los menores²⁶⁹.
- La inducción a la mendicidad²⁷⁰, delincuencia, prostitución o delincuencia, o cualquier explotación económica del menor de análoga naturaleza.
- Ausencia de escolarización habitual del menor.
- Existencia de malos tratos físicos o psíquicos, así como abusos sexuales por parte de la familia o de terceros con el consentimiento de éstas.
- Ausencia de domicilio o cambios constantes del mismo.
- La drogadicción o alcoholismo²⁷¹ habitual de los miembros que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.

futuras del menor, y que resultan indispensables para el desarrollo pleno de su personalidad, de manera que, llegado a la mayoría de edad, se pueda desenvolverse en la sociedad que le toque vivir.

²⁶⁸ PÉREZ ÁLVAREZ: “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales”, cit., págs. 712 a 715.

²⁶⁹ Vid., entre otras, SAP. Murcia de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 168743), SAP. Granada de 17 de marzo de 2006 (JUR 2006, 213224) y SAP. Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156638).

²⁷⁰ Vid., entre otras, SAP. Cádiz de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006, 232420) y SAP. Castellón de 18 de julio de 2006 (JUR 2006, 287522).

²⁷¹ Vid. entre otras, SAP. Zaragoza de 21 de enero de 2006 (JUR 2006, 135311), SAP. Barcelona de 27 de junio de 2009 (JUR 2009, 243398) y SAP. Cádiz de 20 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 72579).

- El trastorno mental grave de los padres o guardadores que les impida el normal ejercicio de la patria potestad o guardia, así como falta de conciencia en orden a las necesidades de los hijos, que les inhabilita para construir un sistema familiar estable²⁷².
- Ingresos en prisión²⁷³.
- La ausencia de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas con peligro grave para el menor, ante la incapacidad para establecer patrones de autoridad (es decir, desinterés, negligencia, carencia de autoridad, dejación o abandono de funciones, deficiencias en la crianza de los hijos, falta de afecto, despreocupación, etc.).

La situación de desamparo, tal como aparece regulada, se configura como la medida última que debe adoptarse, la de máxima gravedad, cuando la desatención que sufre el menor es ya patente y no ha podido evitarse con medidas de menor calado y repercusión tanto para el menor como para su familia. Se trata de supuestos que no pueden solucionarse sin una intervención directa de la Administración en el núcleo familiar, que suponga separar al menor de su familia de origen. Son circunstancias en que la Administración se ve obligada a intervenir de modo drástico, por tratarse de situaciones insostenibles que causan un grave daño al menor.

Teniendo en cuenta que el catálogo de causas que pueden llevar al desamparo, existiendo circunstancias que quedan a la decisión discrecional del órgano administrativo competente, será el criterio de la Entidad pública el que deberá establecer cuándo la ausencia de escolarización, la drogadicción o el alcoholismo, se consideran “habituales”, o en qué situaciones el entorno socio-familiar en el que convive el menor, deteriora gravemente su integridad moral o el desarrollo de la personalidad²⁷⁴.

²⁷² *Vid.*, entre otras, SAP. Murcia de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 168743), SAP. Barcelona de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 84461), SAP. Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156638), SAP. Murcia de 2 de julio de 2007 (JUR 2007, 308974) y SAP. Alicante de 24 de julio de 2007 (JUR 2007, 336265).

²⁷³ *Vid.*, entre otras, SAP. Sevilla de 8 de febrero de 2006 (JUR 2006, 199809) y de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 239369).

²⁷⁴ DURÁN RUÍZ, Francisco Javier: “Los menores inmigrantes acompañados y no acompañados en situación de desamparo. Régimen jurídico y derechos a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración*:

Actualmente, no es inusual que se provoque un desamparo en el seno de una familia con violencia de género. Es el caso que se aborda en la reciente SAP. de Vizcaya de 21 de marzo de 2014²⁷⁵ donde se relata la situación el desamparo en la que entran unos menores, quienes son espectadores de los malos tratos. Y recoge la citada Sentencia que se entiende que los menores han sufrido daños morales por los malos tratos que la madre había recibido de las dos parejas que había tenido, considerando *“incuestionable que la convivencia de unos menores como los que nos ocupan en un ambiente de violencia doméstica resulta totalmente perjudicial tanto para ellos como para su madre, víctimas todos en definitiva de los malos tratos sufridos personalmente por ésta”*.

A la vista de ello, como señala BENAVENTE MOREDA²⁷⁶, cada vez resulta más frecuente, más de lo que sería deseable, encontrarnos con supuestos que, bien porque saltan a los medios de comunicación, bien porque son objeto de polémicas resoluciones judiciales, nos sitúan ante la difícil valoración y diferenciación entre las situaciones de riesgo de un menor, frente a la declaración de desamparo del mismo. Podría resultarnos indiferente la distinción, claramente establecida en los textos legales, si no fuera porque las consecuencias de una y otra situación son radicalmente diferentes, parten de presupuestos y situaciones diferentes y tratan de dar respuesta a problemáticas distintas, aunque unas (las situaciones de riesgo) puedan conducir a las otras (situaciones de desamparo). Por otro lado, el hecho de que sea la Administración, a través de los Servicios Sociales de las Consejerías correspondientes (dependiendo del órgano al que en cada Comunidad Autónoma se encarga la gestión de la materia), la que tiene atribuida la competencia para, normalmente ante situaciones de urgencia y en la mayoría de los casos con gran presión social o incluso mediática, determinar si un menor se encuentra en una u otra situación, a nuestro entender, hace, si cabe, más complejo el problema.

una visión desde la Comunidad Autónoma de Andalucía (BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, coord.), Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Sevilla, 2009, págs. 224 a 226.

²⁷⁵ JUR 2014, 183556.

²⁷⁶ BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15, pág. 16.

La necesaria inmediatez en la actuación (que ha de considerarse lógica, al referirse a situaciones que requieren una pronta actuación en defensa de los intereses de los menores, parte más débil y cuyo interés ha de salvaguardarse por encima de cualquier otro) que privó a los tribunales de la toma de decisión, en numerosas ocasiones vuelve a ellos y a su lentitud. Y, lo que es peor, puede provocar la perversión del sistema, en la medida en que medidas como la declaración de riesgo y desamparo, seguida ésta última de un acogimiento temporal o provisional, convierten en medidas definitivas a aquéllas, que ni legalmente ni socialmente son o han de ser consideradas como tales.

En la práctica habitual, se tiene la impresión de que auténticas situaciones de riesgo, derivadas de la marginalidad de la familia biológica, carencias culturales de los padres, dificultades de socialización, pobreza extrema, han ido ganando terreno a los supuestos que, inicialmente, podían determinar la adopción de medidas protectoras (malos tratos, desestructuración familiar, prostitución...).

En opinión de esta autora²⁷⁷, la cual compartimos íntegramente, resulta llamativo e inquietante esa proliferación de supuestos diferentes y variados, en los que, en aras del recurrente “interés superior del menor”, se inicia la maquinaria administrativa para poner coto a tales situaciones, donde el proceso conduce a declaraciones de desamparo que pueden calificarse de variopintas. Por ejemplo, el caso de menores obesos, menores anoréxicos, menores maltratados física o psíquicamente, menores pertenecientes a familias desestructuradas o de niveles socio-culturales deprimidos con problemas de alcoholismo o drogadicción de los padres. Ante cualquier atisbo de riesgo se actúa. Entre las razones que llevan a esa intervención administrativa se pueden mencionar, por un lado, la presión mediática que resulta cada vez mayor, y, por otro lado, el hecho que las consecuencias de un error administrativo o de un problema familiar concreto, se hacen eco público y, como consecuencia de ello, se extienden en la sociedad como una nube tóxica, provocando que cualquier persona opine, valore y, lo que es más problemático, juzgue y condene.

²⁷⁷ BENAVENTE MOREDA: “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, cit., pág. 17.

Sirvan como botón de muestra algunos supuestos que han saltado a los medios de comunicación con una cierta relevancia mediática: el del menor *Connor McCreaddie*, un niño británico de ocho años y casi 90 kg de peso, de cuya guarda se intentó privar a su madre por los servicios sociales británicos, como consecuencia de la situación a la que estaba llegando la obesidad del menor, de cuya dieta estaban ausentes frutas y verduras. La Administración se planteó hacerse cargo del menor ante la negligencia de la madre.

En nuestro país, saltó igualmente a la prensa en marzo de 2007 otra noticia relacionada con este asunto, cuando los servicios sociales del Principado de Asturias, primer caso conocido en España después del planteado en Reino Unido, asumieron la tutela de un menor de diez años, bajo la guarda de sus abuelos, que llegó a pesar 100 kg²⁷⁸.

En el mismo sentido, también el año 2009²⁷⁹ los medios de comunicación se hicieron eco durante semanas del caso de un menor con obesidad cuya tutela había sido asumida por la Xunta de Galicia. En este supuesto, se había estimado que el menor estaba en una situación de riesgo grave para su salud de modo la obesidad es una de las causas que desencadena la intervención de la Administración, aunque, al parecer, no era la única. La Administración llevaba cuatro años haciendo un seguimiento del menor hasta que, finalmente, y dado el estado en que se encontraba el niño, fue declarado el desamparo. Concluyendo, la obesidad de los menores y los problemas asociados a ella,

²⁷⁸ BENAVENTE MOREDA: “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores...”, cit., pág. 17.

²⁷⁹ El caso llegó a considerarse un delito de abandono de familia. Y se recogió en varias Noticias Aranzadi a finales del año 2009, entre las que aquí destacamos la de 5 de noviembre de 2009: “la Fiscalía interpone una querrela criminal contra los padres del niño obeso por desobediencia y sustracción de menores” [MIX 2009/77635], donde se abordaba la noticia y se hacía referencia a que el año 2008, la Administración comenzó a intervenir de forma sucesiva, lo que según el Fiscal jefe y venía a suponer que se pretendía con esto “llamar la atención de los padres y de la familia” del niño “poniéndoles de relieve que el chico tenía un problema y que había que intentar atajarlo”. Según el Fiscal jefe la “inactividad de los padres” del niño motivó que la situación del menor fuese “agravándose” puesto que la Xunta de Galicia detectó que “no se iba a mejor”. En base a este argumento, la Administración decide asumir la custodia del pequeño “el tiempo necesario” para poder “evaluar bien el problema y darle la solución”. Decía el Fiscal que no se quiere “extirpar” a un menor de su familia, sino “ayudar a un joven” y, para ello, “no se está quitando a nadie la patria potestad”, sino que lo que se quiere es valorar al niño, ayudarlo y si necesita alguna intervención que los padres no puedan hacer”. A nuestro modo de ver, como hemos tenido ocasión de subrayar, el desamparo, no “quita la patria potestad”, pero sí la suspende, con cual la privación ser tornaría, en este caso, desproporcionada.

puede convertirse en una causa que desencadene la intervención de la Administración en alguna de sus distintas vías.

Aquí reside la importancia de distinguir entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo y que ha hemos tenido ocasión de subrayar con anterioridad. Riesgo implica la concurrencia de circunstancias que originan carencias en las necesidades básicas de los menores, sin embargo no revisten gravedad suficiente para separar al menor de su núcleo familiar, por lo que la actuación pública se limita a la elaboración y ejecución de un proyecto de trabajo de carácter individualizado. Ahora bien, el desamparo conlleva situaciones graves, perturbadoras del adecuado desarrollo o seguridad del niño, motivos que son los que llevan a la Entidad pública responsable en materia de menores a la declaración de desamparo y a asumir la tutela automática o *ex lege*²⁸⁰. En ese caso, según PAINCEIRAS SILLEIRO²⁸¹, la obesidad *per se* no es causa suficiente para la declaración de desamparo, si bien en los supuestos en que dicha afección lleve asociados distintos problemas que afecten directamente a la salud integral del menor, la intervención de las Administraciones puede resultar necesaria, incluso, declarando el desamparo del menor²⁸².

En líneas generales, y sobre todo lo hasta ahora expuesto, compartimos absolutamente la apreciación de BENAVENTE MOREDA²⁸³ al considerar que el debate de fondo puede encontrarse, en cierto modo, en la diferencia de costes que para el Estado, para la Administración, supone la adopción de medidas cautelares y protectoras de familias desestructuradas, en las que se crean situaciones de riesgo (que no de desamparo) para los menores que las integran, frente a las situaciones de desamparo de las que derivan acogimientos familiares permanentes. En este último caso, aunque se acompañe la medida de acogimiento de posibles ayudas económicas a la familia de acogida, el problema se traslada a dichas familias y deja de ser un problema de todos. Resulta, por tanto, lógico que esas intervenciones para apoyar a las

²⁸⁰ PAINCEIRAS SOLLEIRO, Silvia: “Intervención pública en los supuestos de desamparo de menores: Análisis prácticos sobre salud y obesidad”, en *RDUNED*, 2014, núm. 14, págs. 789 y 790.

²⁸¹ PAINCEIRAS SOLLEIRO: *Op. cit.*, pág. 807.

²⁸² El AAP. de Toledo de 10 de octubre de 2006 (AC 2006, 1835), en su FJ. 2º, entiende que la pobreza en sí misma no implica desatención, como tampoco las desavenencias conyugales, la poca capacidad para gestionar los ingresos, ni la supuesta minusvalía psíquica no grave de uno de los progenitores.

²⁸³ BENAVENTE MOREDA: “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, *cit.*, pág. 19, en nota al pie núm. 5.

familias con riesgos de exclusión deben suponer una mayor inversión en capital humano y tiempo, por parte de la Administración, mientras la declaración de desamparo se revela como una solución, útil, rápida, e inmediata al problema de un menor en riesgo de desatención²⁸⁴.

1.3.- El desamparo y los delitos contra las relaciones familiares: una delimitación necesaria

Es preciso poner de manifiesto que no existe una delimitación clara, en nuestro Ordenamiento jurídico, entre desamparo y los delitos contra las relaciones familiares. De hecho, se confunden, asociándose el concepto de menor en desamparo al menor víctima de malos tratos o abandono de familia (*vid.* arts. 243, 244, 291, 301 CP.).

En la práctica, el Juez de Instrucción, como medida cautelar, decreta la tutela administrativa y los menores pasan bajo la tutela de la Entidad pública correspondiente, pero, a su vez, la Administración dicta una Resolución de desamparo que notifica a los padres, quienes, al estar legitimados, se oponen a la misma mediante los trámites del art. 779 y 780 LEC. Lógicamente, estos casos dan lugar a dos procedimientos, uno penal, y otro de desamparo ante la jurisdicción civil.

A nuestro entender, tal vez lo correcto sería plantear una prejudicialidad ante la Jurisdicción Civil, puesto que cabe la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias procesalmente, ya que si el motivo del desamparo es un delito, habrá de sentenciarse previamente el proceso penal, y si de éste resultan penalmente responsables sus padres o tutores, la Jurisdicción penal aplicará el art. 46 CP., inhabilitando a sus padres o tutores para ejercer la patria potestad. Pero ello, en la práctica, no ocurre así, sino que, paralelamente, se tramitan ambos procedimientos.

La STS. (Sala de lo Penal) de 12 de noviembre de 2008²⁸⁵, en su FJ. 4º,

²⁸⁴ A título de curiosidad, en la Memoria del Ministerio Fiscal del año 2014 (pág. 457) señala la FGE que, como consecuencia de la crisis, las Entidades Públicas encargadas de la protección del menor en Madrid y Sevilla se muestran más reticentes a la hora de asumir la tutela.

²⁸⁵ RJ 2008, 6987. Los hechos que se relatan son los siguientes: el procesado Adolfo (mayor de edad y sin antecedentes penales) se hospedó en un hotel de Almerimar, término municipal de El Ejido, el día 6 de diciembre de 2002, compartiendo habitación con sus hijas Lucía, de 15 años de edad, y Luisa, de 8 años,

establece una delimitación interesante, en tanto que entiende adecuado relegar al orden jurisdiccional civil las previsiones del art. 170 C.c., que dispone, en efecto, que *"el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial"*.

Sigue considerando el TS. en dicha Sentencia que la reforma del C.c. operada por la LOPJM introdujo los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la jurisdicción civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello.

Por su parte, con anterioridad, la STS. (Sala de lo Penal) de 11 de septiembre de 2000²⁸⁶ ya aclaró que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal Penal de las normas de Derecho de Familia que, dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan aquella institución y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes.

Los juzgados y tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el art. 9.1º LOPJ. Corresponde al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales (art. 9.3º LOPJ), ámbito jurisdiccional al que pertenecen las normas del Código Penal sobre privación de la patria potestad como pena principal o accesoria, no las sanciones civiles que en la esfera del Derecho Privado y con relación a la patria

uniendo, a petición del padre, las dos camas existentes para poder pernoctar los tres, al no haber conseguido una cama supletoria. La noche del 7 al 8 de diciembre, las menores subieron a dormir a la referida habitación, mientras el procesado permaneció en la cafetería del hotel. Sobre las dos de la madrugada, Adolfo subió a la habitación, y tras cambiar de lugar a su hija Luisa, que se hallaba en el centro de la cama, se acostó junto a su hija Lucía y la violó, despertando a la menor ante el dolor que su progenitor le producía, pero permaneciendo callada. Ante esta actitud de la menor, el procesado le preguntó: "¿no te das cuenta de que me estoy insinuando?". Lucía, como consecuencia de los hechos relatados, sufrió una alteración psíquica, con síntomas de estrés postraumático y de tipo emocional, que precisó un día de asistencia médica, así como tratamiento psicológico durante año y medio, persistiendo aún la sintomatología, estando incapacitada para sus ocupaciones habituales por 60 días, y quedándole como secuela un síndrome depresivo crónico.

²⁸⁶ RJ 2000, 7932.

potestad corresponden según el C.c. en caso de incumplimiento de los deberes familiares.

El TS. recuerda que la misma Sala, en su Sentencia de 10 de octubre de 1994²⁸⁷, en cuyo caso el Ministerio Fiscal planteó en el momento de la vista la adecuación de la privación total de la patria potestad respecto de sus hijos menores de un acusado de homicidio, pena no estaba prevista en el CP. para los culpables de ese delito, el Alto Tribunal estimó que *“el Código Civil, en su artículo 170, contempla la posibilidad de privar, total o parcialmente, de la patria potestad al padre o a la madre en virtud de sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. El Código Civil admite la posibilidad de que la privación sea acordada en causa criminal o matrimonial. Una interpretación correcta del precepto y las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena impuesta sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio, por lo que procede anular la privación de patria potestad sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal al tener conocimiento de esta resolución pueda instar el procedimiento que estime conveniente en protección de los intereses de los menores”*. En tal caso, al existir una situación de riesgo evidente de los menores, se podría declarar un desamparo para intentar inhabilitar al padre para el ejercicio de la patria potestad, lo que debería ventilarse en un procedimiento civil.

Por otro lado, en el caso de la STS. (Sala de lo Penal) de 2 de diciembre de 2012²⁸⁸, cuyo objeto del procedimiento consiste en la agresión sexual del padrastro hacia una hija menor de su cónyuge, considera el Alto Tribunal que el art. 192.3 CP. sólo habilitaría para imponer la pena de privación de la patria potestad en los casos en

²⁸⁷ RJ 1994, 7905.

²⁸⁸ RJ 2013, 1641.

que el autor la ostente sobre la víctima. Así lo sostuvo la STS. de 6 de julio de 2001²⁸⁹: *"el acusado no era ni ascendiente, ni tutor, ni curador, ni guardador de hecho o de derecho de la víctima de los abusos sexuales que se juzgan, con lo que mal puede aplicarse aquí lo establecido en el artículo 192 del Código respecto a la imposición de la pena de privación de la patria potestad respecto a otro menor distinto de la propia víctima, pues de una interpretación, tanto literal, como lógica o finalista de ese precepto, se infiere que su párrafo segundo, a que se contrae tal pena inhabilitadora, está íntimamente correlacionado con su apartado primero que se refiere exclusivamente al 'menor o incapacitado' objeto de 'agravio' y no a cualquier otro"*. En esos casos, no estamos ante menores en situación de desamparo, sino ante víctimas de delitos.

Por ello, resulta fundamental distinguir las situaciones de riesgo que corre un menor de convertirse potencialmente en la víctima de un delito que lleve como accesoria la inhabilitación de la patria potestad, de las propias situaciones en las que el menor es víctima de un delito, y como consecuencia de ello, el Juez penal, inhabilita a los padres o tutores, penalmente responsables, para el ejercicio de la patria potestad.

Entendemos que el desamparo no debe confundirse con un delito, debiendo estar perfectamente delimitado en la legislación aplicable. Otra cosa es que la presunta comisión de determinados delitos impliquen la suspensión de la patria potestad como medida cautelar (ante el riesgo que corre el menor) y, en caso que se demuestre la comisión del delito, las penas impuestas lleven asociada la pérdida de la patria potestad. Pero el desamparo que regula el C.c. no es una figura delictiva²⁹⁰.

²⁸⁹ RJ 2001, 6367.

²⁹⁰ Sin embargo, tampoco parece que el legislador se proponga en un futuro próximo delimitar la definición de "situación de desamparo", de forma clara y precisa, teniendo en cuenta que el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de abril de 2014, al modificar el art. 18 LOPJM, establece en el punto su 2 una relación de conductas calificables como "situación de desamparo", entre las que incluye en su punto c), comportamientos claramente delictivos (*"en particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los padres, tutores y guardadores"*);). Y si bien, ello resulta comprensible desde el punto de vista formal, puesto que entre los objetivos de este Anteproyecto se encuentra aunar la legislación posterior a la LOPJM, integrada por una profusa cantidad de normas autonómicas en materia de protección de menores, sin embargo, a nuestro modo de ver, y partiendo de una visión funcional de la norma, no parece que venga a resolver la cuestión, dado que en su afán de aunar y unificar la dispersa

Esta indefinición suele llevar a consecuencias de difícil solución, como podemos comprobar en nuestra propia experiencia profesional. De hecho, en el caso que se acuerde de forma cautelar la tutela *ex lege* por parte del Juzgado de Instrucción ante la presunta comisión de un delito tipificado en el art. 226 CP., en la práctica es habitual que la Administración tutelante dicte una Resolución de desamparo, en base a los indicios penales, se la notifique a los padres y estos inicien un procedimiento judicial de oposición conforme los art. 779 y 780 LEC, con lo cual se forma, si se nos permite la expresión, una amalgama procesal, puesto que al instar la suspensión ante el Tribunal civil al amparo del art. 40 LEC (prejudicialidad penal), en la práctica puede no admitirse, dado que queda sujeto al arbitrio del juzgador de instancia, en cuyo caso, culminan los procedimientos con dos sentencias, inicialmente compatibles. La condena penal, en ese caso implica inhabilitación temporal del ejercicio de la patria potestad, que, según el art. 226.2 CP., comprende una duración de cuatro a diez años. Y la sentencia civil, que decreta el desamparo, también suspende el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad. A primera vista, el problema surge una vez se cumple la condena y cambian las circunstancias, puesto que el art. 172.6 C.c. establece un plazo de dos años, desde la notificación del desamparo, para instar la revocación por el cambio de las circunstancias que la motivaron, y ateniéndonos al contenido del precepto legal, el mínimo de la condena de inhabilitación es de cuatro años.

Pero el problema es aún mayor cuando el procedimiento penal se prolonga durante más de dos años, y, finalmente, termina con una sentencia absolutoria. Como los efectos de la sentencia penal no inciden en la civil, el desamparo no decae, al menos que el Fiscal o la Entidad pública inste la revocación si el menor no se encuentra integrado en otra familia (art. 172.8 C.c.), y al haber transcurrido más de dos años los progenitores, han visto caducar su derecho de instar la revocación, en tanto que el menor, si ya se encuentra acogido por una familia, se ve privado de por vida de su familia natural en base a unos indicios que jamás resultaron acreditados²⁹¹.

legislación en esta materia, se ven reproducidos los mismos defectos que ya constan en algunas normas autonómicas, donde no se distingue entre desamparo y delitos.

²⁹¹ De hecho, en el procedimiento de oposición de medidas de protección de menores (n) 840/2010, seguido por el JPI. n° 23 de Sevilla, se planteó un incidente procesal de prejudicialidad penal, en base a que el Juzgado de Instrucción 4 de Sevilla decretó de forma cautelar la suspensión de la patria potestad a

Además, tampoco se han previsto cauces procesales adecuados que provean de las suficientes garantías a la familia biológica en tales casos, al objeto de evitar los límites a la tutela judicial efectiva de estos y, por otro lado, se ignora el principio derecho del menor a la familia natural.

Por este motivo, entendemos, desde nuestro punto de vista, que tal vez sería necesario estructurar adecuadamente la legislación de protección de menores, de tal forma que se establecieran delimitaciones que no impliquen vulneración de derechos, con una definición adecuada de la situación de desamparo, siempre teniendo presente la posibilidad de interferencias con figuras delictivas, y tratando de armonizar la protección del menor, materia de Derecho civil, con la concurrencia de causas penales, que han de ser tramitadas bajo esa jurisdicción y que afectan a las relaciones paterno-filiales.

El planteamiento que acabamos de exponer evidencia fallos en la actual regulación del desamparo, sin embargo no se vislumbra su subsanación a corto plazo si se tiene en cuenta el contenido del actual Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de abril de 2014.

1.4.- La definición de desamparo en la legislación autonómica

Dada la relativa indeterminación del concepto de desamparo recogido en el C.c., las distintas legislaciones autonómicas, dentro de las competencias asumidas en la protección de la infancia y la adolescencia *ex art.* 148.1.20ª CE, han precisado todo un

los progenitores, por un presunto delito de abuso sexual a la menor objeto del procedimiento de oposición (Diligencias Previas 1671/2010-X). Este incidente fue desestimado por el Juzgado civil, que dictó Auto el 23 de febrero de 2011, en base a que no se fundaba “*exclusivamente*” en los hechos objeto de la *Diligencia Previas*, por lo que consideró la Juzgadora que era posible una valoración puramente civil de los hechos. Este procedimiento culminó con la Sentencia nº 313/11, de 2 de junio de 2011, que ratificaba el desamparo, pero, a la vez, seguía tramitándose el procedimiento penal, en el Juzgado de Instrucción nº 14 de Sevilla, donde se acumularon las Diligencias Previas procedentes del Juzgado de Instrucción nº 4, y a fecha de 8 de noviembre de 2012, ya constaba incoado en Instrucción nº 14, aún en trámite y sin remitir a la Audiencia para su enjuiciamiento, el procedimiento Sumario 1/2012-Z, contra los padres de la menor (a día de hoy, desconocemos el estado del procedimiento).

Por tanto, resulta obvio concluir diciendo que si hubieran resultado absueltos en el procedimiento Sumario los padres de la menor en 2013, ya en esa fecha era imposible instar la revocación del desamparo, por caducidad.

elenco de supuestos que pueden ayudar a determinar si una concreta situación de hecho es o no subsumible en el concepto de desamparo.

El concepto de desamparo es, pues, determinado de forma casuística y, en la mayoría de los casos, las definiciones autonómicas del mismo tienden a identificar como desamparo conductas delictivas, tales como el abandono de familia, o los abusos sexuales, que tienen su regulación en el CP.²⁹², como acabamos de hacer referencia.

Al no resultar posible analizar todas y cada una de ellas, a modo de ejemplo, citamos la definición de desamparo en las normativas extremeña y asturiana, por tratarse de las primeras normas publicadas en el tiempo.

En la Comunidad de Extremadura²⁹³, al definir en su normativa el desamparo se hace remisión al C.c., identificando el desamparo con situaciones de desprotección que puedan constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor. A continuación, para evitar la arbitrariedad que la determinación del concepto comporta, se objetivizan casos concretos mediante un listado abierto²⁹⁴, considerándose situaciones de desamparo, en todo caso valorables por la autoridad administrativa: a) El abandono voluntario del menor; b) La existencia de malos tratos físicos y psíquicos; d) La drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forma parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho, o de los menores con el consentimiento de éstos; e) Los abusos sexuales por parte de miembros de la unidad familiar o de terceros con el consentimiento de éstos; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución; g) Cualquier otra situación de desprotección que traiga su causa en el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de protección establecidos por las Leyes, siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral o material²⁹⁵.

Por su parte, la normativa del Principado de Asturias²⁹⁶ identifica desamparo con: a) abandono voluntario del menor por parte de su familia; b) ausencia de

²⁹² Delitos recogidos en el Libro II, Título XII, en concordancia con los arts. 39 b) y 46.

²⁹³ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura, arts. 5 y 6.

²⁹⁴ Para su estudio, *vid.* FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: “Algunos aspectos del desamparo de menores en la Ley Extremeña 4/94, de 10 de noviembre, de protección de menores”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 17, 1999, pág. 327.

²⁹⁵ Para un análisis detenido y crítico de los supuestos de desamparo, *vid.* FERNÁNDEZ ARROYO: *Op. cit.*, págs. 327 y ss.

²⁹⁶ Art. 31 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias.

escolarización habitual del menor; c) malos tratos, físicos o psíquicos al menor.

Resultándonos imposible tratar cada una de las normativas autonómicas, permítasenos remitirnos al concepto de desamparo contenido en ellas a pie de página:

- Región de Murcia²⁹⁷
- Comunidad autónoma de Canarias²⁹⁸
- Comunidad autónoma de Andalucía²⁹⁹

²⁹⁷ Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia:

Art. 22. De la situación de desamparo: “1. En los términos del artículo 172.1 del Código Civil se considera que el menor está desamparado, entre otras situaciones, en las siguientes:

a) Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el niño.

b) Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.

c) Cuando el menor sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación, mendicidad o cualquier otra situación de naturaleza análoga.

2. Se considera situación de riesgo aquella en la que por sus circunstancias personales o por influencias de su entorno o extrañas, exijan la adopción de medidas de prevención y rehabilitación para evitar situaciones de desamparo o de inadaptación.

3. A estos efectos, toda persona, y en especial quien por razón de su profesión o cargo tenga conocimiento de la posible situación de desamparo de un menor, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad judicial o del organismo competente, el cual garantizará la reserva absoluta y el anonimato del comunicante”.

²⁹⁸ Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias:

Art. 46. Concepto de desamparo. “1. De conformidad con el Código Civil, 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 y material.

2. Específicamente, se considerará que el menor se encuentra en situación de desamparo: a) Cuando sea objeto de malos tratos físicos o psíquicos, o de abusos sexuales, por parte de familiares o de terceros, producidos en el ambiente familiar del menor; b) Cuando no asista de forma reiterada y sin justificación al centro escolar donde se halla matriculado, debido a la conducta negligente de los padres, tutores o guardadores, o se aprecie la ausencia de escolarización del menor, estando en edad para ello; c) Cuando sea utilizado por las personas bajo cuyo cuidado se encuentra para la mendicidad, prostitución, trabajo infantil, esporádico o estable, o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga; d) Cuando las personas que integran la unidad de convivencia del menor, y, especialmente, sus padres, tutores o guardadores, se dediquen, habitualmente, al consumo de alcohol o sustancias tóxicas o psicotrópicas, perjudicando con su conducta gravemente el desarrollo y bienestar del menor; e) Cuando falten las personas a las que por ley les corresponda el ejercicio de las funciones de guarda o cuando las mismas, por perturbaciones o trastornos mentales u otras circunstancias, se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o las ejerzan con grave peligro para el menor; f) Cuando sus padres o tutores no soliciten la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración; g) Cualesquiera otras en las que quede privado de la necesaria asistencia moral y material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos”.

²⁹⁹ Ley 1/998, de 20 de abril del Menor, de Andalucía:

Art. 23.1. “Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la

- Comunidad autónoma de Aragón³⁰⁰
- Comunidad autónoma de Castilla y León³⁰¹

Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones Públicas. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes: a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia. b) Ausencia de escolarización habitual del menor. c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas. d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza. e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores. f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda. g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor. h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad. i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor”.

³⁰⁰ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón:

Art. 59. Situación de desamparo.

“1. Se considera 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 y material.

2. En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor; b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas; c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor; d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación; e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos; f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo”.

³⁰¹ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León:

Art. 56. Situaciones de desamparo. *“Para apreciar las situaciones de desamparo se considerarán las circunstancias que, teniendo su origen en las causas establecidas en el artículo 172.1, párrafo segundo del Código Civil, determinen, por su entidad, intensidad, persistencia o repetición, la privación a los menores de la necesaria asistencia moral y material, y especialmente las siguientes: a) La falta de las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda del menor; b) La ausencia de reconocimiento de la filiación materna y paterna del menor, así como la renuncia de ambos progenitores a mantener cualquier derecho sobre él; c) La imposibilidad de ejercer los deberes de protección, cualquiera que sea la causa; d) El abandono voluntario o gravemente negligente del menor; e) Los malos tratos, físicos o psíquicos, y los abusos sexuales cometidos por familiares o responsables del menor, o por terceros si aquellos los consienten u omiten activar los medios a su alcance para impedirlos; f) La inducción a la delincuencia o a las conductas antisociales o desviadas, así como el consentimiento de su desarrollo por el menor; g) El ejercicio inadecuado de los deberes de protección por los responsables del menor con peligro grave para éste; h) La drogadicción o el alcoholismo del menor, inducidos,*

- Comunidad Foral de Navarra³⁰²
- Comunidad autónoma la Rioja³⁰³

consentidos o tolerados por los responsables de su guarda; i) La obstaculización por los responsables del menor de las actuaciones acordadas para la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección, cuando se ponga en riesgo la seguridad de éste, o la falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento; j) La explotación económica del menor, así como el consentimiento de la misma; k) La negativa de los padres o tutores a la recuperación de la guarda del menor una vez desaparecidas las circunstancias que fundamentaron su asunción por la Administración; l) La desatención física o psíquica del menor grave o cronificada; m) La existencia de circunstancias en el hogar o en el entorno socio-familiar del menor que deterioren gravemente o perjudiquen seriamente su desarrollo o el ejercicio de sus derechos; n) Las situaciones de riesgo que, al persistir o agravarse, determinan la privación al menor de la necesaria asistencia moral o material; o) Cualesquiera otras situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia al menor y tengan su origen en el incumplimiento o en el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda o supongan la inexistencia de la colaboración mínima por parte de los padres o tutores para garantizar la seguridad del mismo”.

³⁰² Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra:

Art. 50. Situaciones de desamparo: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34.4 (que reproduce la definición del art. 172.1 C.c.), se considerarán situaciones de desamparo, entre otras, las siguientes: a) El abandono voluntario del menor; b) El maltrato físico o psíquico grave o leve con carácter crónico, así como los abusos sexuales por parte de las personas que integren la familia, o por parte de terceros existiendo desprotección para el menor.; c) La inducción o permisibilidad de la mendicidad, delincuencia o prostitución; d) La explotación laboral, ya sea de forma esporádica o estable, o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga; e) La negligencia física o emocional en la atención al menor con carácter grave o crónica; f) La inducción, consentimiento o tolerancia de la drogadicción o el alcoholismo del menor; g) La no recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración; h) La falta de escolarización habitual del menor; i) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad; j) La drogadicción o alcoholismo habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de quienes ostenten la responsabilidad parental del menor, siempre que menoscabe el desarrollo y bienestar del menor; k) El trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la guarda; l) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor; m) Cualesquiera otras situaciones que se produzcan de hecho a causa del incumplimiento o de un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores y que generen que éstos queden privados de la necesaria asistencia”.

³⁰³ Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja:

Art. 49. Supuestos.

“1. Procede declarar la situación de desamparo a que se refiere el artículo 172 del Código civil siempre que, de hecho, el menor carezca de la necesaria asistencia moral o material.

2. En particular, será apreciable la situación de desamparo en los siguientes casos:

A) Abandono del menor por parte de su familia. B) Malos tratos físicos o psíquicos al menor. C) Trastorno mental grave de quienes ostenten la patria potestad o la tutela, siempre que impida o limite gravemente los deberes de asistencia que conlleva. D) Alcoholismo o drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar, y en especial de quienes ostenten la patria potestad o la tutela, siempre que menoscaben gravemente el desarrollo y bienestar del menor. E) Abusos sexuales o comportamientos o actitudes de violencia grave por parte de familiares o terceros en la unidad familiar del menor. F) Inducción del menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o cualquier otra forma de explotación económica o sexual del menor de análoga naturaleza. G) En general, cuando exista cualquier incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes

- Comunidad Balear³⁰⁴
- Especialmente amplia y precisa es la definición de desamparo que se encuentra recogida en la LDOIA de Cataluña. Como afirma ALLNUEVA AZNAR³⁰⁵, esta norma establece que pueden considerarse desamparados los menores que se hallan en la situación de hecho en que carecen de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad (art. 105.1³⁰⁶). De hecho, ya su Preámbulo incide en 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. El legislador catalán, en virtud de la competencia que ostenta Cataluña en materia de protección de menores en situación de riesgo y desamparo, ejemplifica en el

para la guarda y educación de los menores que comporte la objetiva desprotección moral o material de los mismos.

3. No concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En tal caso, si lo requiriera el interés del menor, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá promover la formalización de dicha guarda como acogimiento familiar o el nombramiento del guardador como tutor.

4. No pueden ser declarados en situación de desamparo los menores emancipados o habilitados de edad”.

³⁰⁴ Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares:

Art. 63. Concepto y situaciones de desamparo: “1. Constituye una 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 las personas menores de edad, o cuando éstas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente; 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes: a) Malos tratos de orden físico o psíquico, en cualquiera de sus manifestaciones. También tienen tal consideración los abusos sexuales, las situaciones de explotación y cualesquiera otras de naturaleza análoga; b) Inexistencia de las personas a las que legalmente corresponden las funciones de guarda; c) Ausencia del reconocimiento de la filiación, así como la renuncia de ambos progenitores de las obligaciones y los derechos que tienen hacia la persona menor de edad; d) Negligencia en la atención física, psíquica o emocional de la persona menor de edad de manera sistemática y grave; e) Cualquier otra situación de desprotección que suponga la privación de la necesaria asistencia a la persona menor de edad y que tenga su origen en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda, y que aconseje o haga necesaria la separación de la persona menor de edad del contexto familiar; f) Suministro de sustancias tóxicas o psicotrópicas; g) Inducción a la mendicidad y a la delincuencia”.

³⁰⁵ ALLNUEVA AZNAR: “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, cit., págs. 12 y 13.

³⁰⁶ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña:

Art. 105.1 LDOIA: “1. Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar”.

art. 105.2³⁰⁷ LDOIA, mediante una lista abierta, las situaciones que se consideran constitutivas de desamparo. En consecuencia, si nos atenemos al art. 105.1 LDOIA, el hecho de que el desamparo implique una situación fáctica con carencia de ciertas condiciones básicas, que se consideran imprescindibles para el desarrollo del menor, puede deducirse que no debe apreciarse el desamparo si el menor está atendido y no le “*faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad*”, aunque no esté atendido por sus padres o guardadores legales. Así, si el menor está atendido por alguna persona que ejerce la guarda de hecho, no cabe declararlo en desamparo.

- Comunidad autónoma de Cantabria³⁰⁸

³⁰⁷Art. 105.2 LDOIA: “*Son situaciones de desamparo: a) El abandono; b) Los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de esas personas; c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación; d) El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente; e) El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercuta gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente; f) El suministro al niño o al adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica realizado por las personas a las que corresponde la guarda o por otras personas con su conocimiento y tolerancia; g) La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución por parte de las personas encargadas de la guarda, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica; h) La desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada; i) La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo; j) La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones; k) Las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad; l) Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral”.*

³⁰⁸Ley de 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria:

Art. 61. Desprotección grave con desamparo.

“1. Se entiende por desprotección grave con desamparo la situación en la que la persona menor está sufriendo un daño significativo efectivo, que compromete su desarrollo y la familia no quiere o no dispone de los recursos personales y sociales para hacer frente a esa situación, siendo necesario proceder a su separación temporal o permanente del entorno familiar para garantizar su protección, realizando la declaración de desamparo de conformidad con el artículo 172.1 del Código Civil.

2. Constituyen situaciones de desprotección grave con desamparo:

a) La ausencia de todo reconocimiento de filiación de la persona menor, así como la renuncia de ambos progenitores a mantener cualquier derecho sobre ella; b) La falta de las personas a las que de

- Comunidad autónoma de Galicia³⁰⁹
- y, por último, Comunidad autónoma de Castilla la Mancha³¹⁰.

conformidad con el ordenamiento jurídico corresponde ejercer las funciones de guarda de la persona menor; c) El abandono voluntario o gravemente negligente de la persona menor; d) La imposibilidad de ejercer los deberes de protección, cualquiera que sea la causa; e) El ejercicio inadecuado de los deberes de protección por los responsables de la persona menor con peligro grave para ésta; f) La desatención física o psíquica de la persona menor grave o crónica; g) La existencia de circunstancias en el hogar o en el entorno socio-familiar que deterioren gravemente o perjudiquen seriamente el desarrollo de la persona menor o el ejercicio de sus derechos; h) La imposibilidad de acceso a la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección de la persona menor, cuando existan indicios razonables de que existe un riesgo para su seguridad; i) La falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de desprotección moderada que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento; j) Los malos tratos, físicos o psíquicos, los abusos sexuales o cualquier otra forma de maltrato, cometidos por familiares o responsables de la persona menor de edad, o por parte de terceros, si los padres, madres o quienes ejercen la tutela o guarda lo consienten u omiten poner los medios a su alcance para evitarlos; k) La inducción o permisividad a la delincuencia o a las conductas antisociales, así como el consentimiento de su desarrollo por la persona menor; l) La drogadicción o el alcoholismo de la persona menor inducidos, consentidos o tolerados por las personas responsables de su guarda; m) La explotación laboral, económica o de cualquier otra naturaleza de la persona menor, así como el consentimiento de la misma; n) La negativa de los padres, madres o tutores a la recuperación de la guarda de la persona menor una vez desaparecidas las circunstancias que fundamentaron su asunción por la Administración; ñ) Las situaciones de desprotección moderada que, al persistir o agravarse, determinen la privación a la persona menor de la necesaria asistencia moral o material; o) Cualesquiera otras situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia a la persona menor y tengan su origen en el incumplimiento o en el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda o supongan la inexistencia de la colaboración mínima por parte de los padres, madres o las personas que ejerzan la tutela o guarda para garantizar la seguridad de la misma”.

³⁰⁹ Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia:

Art. 52. Situaciones de desamparo. “*Se consideran situaciones de desamparo las siguientes: a) El abandono de la persona menor de edad. b) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceras personas con consentimiento de aquellas. c) La negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, higiénicas o de salud, siempre que suponga un perjuicio grave para la integridad del niño, niña o adolescente. d) La inducción del niño, niña o adolescente a la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra forma de explotación económica o sexual de la o el menor, o permisividad respecto a estas conductas. e) Las conductas adictivas de la persona menor de edad con el consentimiento o la tolerancia de las personas que ejerzan su guarda. f) El trastorno mental grave de los padres, madres, tutores, tutoras, guardadores o guardadoras que impida el normal ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda. g) Las conductas adictivas en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de las que ostenten la patria potestad o tutela, siempre que menoscaben gravemente el desarrollo y bienestar de la o el menor. h) La convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del niño, niña o adolescente, o perjudique el desarrollo de su personalidad. i) La falta de personas a quienes corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el niño, niña o adolescente. j) La falta de escolarización habitual del niño, niña o adolescente con el consentimiento o tolerancia de los padres, madres o personas que ejerzan la guarda, siempre que menoscabe el desarrollo y bienestar de la o el menor, o siempre que suponga un perjuicio grave del niño, niña o adolescente. k) Cualquier otra situación de desprotección que se produzca de hecho a causa del incumplimiento o de un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las personas menores de edad cuando estas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material”.*

³¹⁰ Ley 5/2014, de 9 de octubre, del Menor de Castilla-La Mancha:

Art. 37. Concepto de situación de desamparo:

De todos modos, ha de tenerse en cuenta que aun cuando el legislador autonómico pretenda concretar las causas que pueden conducir a una situación de desamparo, no puede eliminar la posibilidad de que existan otras, causadas por un imposible o un inadecuado ejercicio de los deberes de protección que pueden originar que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, lo que impide la existencia de listas cerradas de causas de desamparo, debiendo ser nuestros jueces y tribunales quienes aprecien o no la concurrencia de dicha situación del menor³¹¹.

II.- EL DESAMPARO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

2.1.- Presupuestos

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, la situación administrativa de desamparo es definida como aquella situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de

“A los efectos previstos en la legislación civil del Estado, se consideran situaciones de desamparo las siguientes: a) El abandono voluntario del menor por parte de la familia, cuidadores o guardadores. b) La existencia de maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación, vejaciones o situaciones de análoga naturaleza por parte de la familia o realizados por terceros con consentimiento de la familia, así como el maltrato prenatal. c) La imposibilidad del adecuado ejercicio de la guarda. d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución. e) El alcoholismo o drogadicción del menor, con el consentimiento y tolerancia por parte de los padres, tutores o guardadores. f) La desatención física, psíquica o emocional grave y cronificada. g) El trastorno, la alteración psíquica o la drogodependencia de los padres o tutores que impida el normal desarrollo de la patria potestad o de las funciones inherentes a la tutela. h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore la integridad moral del menor y la existencia de circunstancias en el núcleo familiar que perjudiquen gravemente su desarrollo. i) La grave obstrucción por parte de los padres, tutores o guardadores de las actuaciones pertinentes, o su reiterada falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad e integridad del menor, así como la negativa de estos a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello comporta la persistencia, cronificación o gravedad de las mismas. j) Las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o gravedad supongan la privación del menor de los elementos básicos y necesarios para el desarrollo integral de su personalidad y cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del menor, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral. k) Cualesquiera otros establecidos en el Ordenamiento jurídico”.

³¹¹ De esta opinión, entre muchos autores, DÍEZ GARCÍA: “Desamparo de menores y acogimiento”, cit., [BIB 1999\1429].

la necesaria asistencia moral o material, o se advierta peligro físico o psíquico para el menor.

No todas las situaciones ni actuaciones derivan, por tanto, en la declaración de desamparo, sino, exclusivamente, aquéllas que en las que concurren diversos factores que justifican la adopción de esta medida como la más favorable para el interés del menor.

De este modo, el desamparo se define, sustancialmente, por tres caracteres o, si se prefiere, presupuestos: a) el incumplimiento de los deberes de protección; b) la privación de la necesaria asistencia moral y material; y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

La primera de las notas de la definición del desamparo es la que conceptúa a éste como una situación de hecho, que puede ser voluntaria o querida por los progenitores o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de circunstancias en los padres, que aun teniendo el deseo de proteger y educar a sus hijos, no pueden realizarlo. Resulta que existirá desamparo aunque el incumplimiento de los deberes por parte de los padres o tutores sea imposible³¹².

En cuanto al segundo de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de desamparo es precisa la privación de la asistencia al menor. Es éste el elemento

³¹² SAP. de Badajoz (Sección 3ª) de 7 de julio de 2011 (JUR 2011, 319255), FJ. 2º: “Sentado lo anterior ha de decirse que en la materia que nos ocupa, tanto de lo dispuesto en el art. 39 de la CE, como del mismo C.c. en sus arts. 172 y siguientes se desprende que existen dos grandes principios concurrentes que han de ser armonizados cual son el interés preferente de los menores que expresamente consagra el art. 172.4 del C.c. y el derecho de la familia natural o padres biológicos a la educación de sus hijos. El principal motivo de litigio se centra en la existencia o no como cuestión fáctica del desamparo de la menor. Ha de comenzarse indicando que el art. 172.1 del C.c. considera el desamparo como aquella situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La situación de desamparo, como elemento de hecho, puede ser voluntaria o querida por los progenitores, o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias en los padres, que aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos, no puedan de hecho realizarlo. También debe resaltarse que la situación de desamparo ha de examinarse no al momento en que los actores se oponen a la resolución administrativa o al momento del juicio verbal, sino al momento en que tal situación es declarada por la Administración y que determina la puesta en marcha de los mecanismos de protección del menor, y debe decirse que tal precisión no es baladí en el supuesto que nos ocupa pues entre esta resolución y la impugnación han pasado tres meses, y entre la resolución y el acto de la vista con la práctica de prueba ha transcurrido más de un año, resultando indiscutible que en dicho periodo de tiempo las circunstancias han podido cambiar, algunas como la guarda de la menor necesariamente han cambiado, sin que ello permita dilucidar la corrección o no de la declaración de desamparo”.

determinante, puesto que el desamparo se concreta en un resultado determinado, cual es la desprotección del menor de edad, prescindiendo de las causas que hayan producido aquel resultado de privación de asistencia material o moral (entendiendo, por ello, todo lo que implican relaciones personales y afectividad).

Así las cosas, será necesario precisar que para que tal desamparo pueda ser considerado a los efectos del art. 172.1 C.c. y tenga como consecuencia la asunción de la tutela por el Ente público, dicha situación fáctica ha de ser conocida por la Administración y que ésta la declare legalmente³¹³, mediante la declaración de desamparo, que consiste en el presupuesto necesario que legitima a la Entidad pública para asumir la tutela administrativa del menor. De este modo, cuando la Entidad pública a la que en el respectivo territorio se le tenga encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene, por ministerio de la ley, la tutela del mismo y debe adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda³¹⁴.

2.2.- Líneas generales del procedimiento administrativo para la declaración de desamparo

Es, pues, la Administración quien debe adoptar las medidas adecuadas de protección de menores una vez constatado el supuesto de hecho previsto en las normas sustantivas, siguiendo, para ello, el procedimiento administrativo correspondiente.

Siguiendo la exposición que hace GONZÁLEZ PILLADO³¹⁵, el procedimiento a seguir por la Entidad administrativa para la declaración del desamparo y la consiguiente constitución de tutela habrá de acomodarse a las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de que se trate; sin embargo, con carácter general, el procedimiento a seguir, de acuerdo con la previsión general contenida en la LOPJM, es

³¹³ PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pág. 167.

³¹⁴ *Memento Práctico Francis Lefebvre*, cit., pág. 219.

³¹⁵ GONZÁLEZ PILLADO, Esther/GRANDE SEARA, Pablo: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007 [TOL 460.474] y GONZÁLEZ PILLADO, Esther: “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, en *Indret*, núm. 2, 2008, pág. 6 (http://www.indret.com/pdf/532_es.pdf).

el que se expone, a grandes trazos, a continuación, sin perjuicio de que sea analizado en profundidad en el Tema siguiente.

En principio, la iniciación del procedimiento puede ser de oficio o a instancia de parte. Así, de un lado, las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor y de actuar si corresponde a su ámbito de competencias, dando traslado, en otro caso, al órgano que sea competente (art. 14 LOPJM). De otro lado, toda persona o autoridad y, especialmente, quienes por su profesión o función detecten una situación de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise (art. 13.1 LOPJM). Además, el propio menor puede solicitar la protección de la Entidad pública competente (art. 10.2 a) LOPJM).

La actuación administrativa debe efectuarse con la debida reserva, evitando toda interferencia innecesaria en la vida del menor (art. 13.3 LOPJM), procurando siempre la colaboración de la familia y del menor (art. 15 LOPJM).

Durante el procedimiento, la Entidad administrativa deberá realizar toda actividad que estime conveniente para verificar la situación denunciada cuando el procedimiento no se inició de oficio; durante este procedimiento deberá oírse necesariamente al menor de más de 12 años, o de menos de 12 si tiene suficiente madurez, en cuanto se va a adoptar una decisión que afecta a su espera personal y familiar. Naturalmente, habrá de tenerse en cuenta el desarrollo evolutivo del menor, permitiéndole, si tiene juicio bastante, que declare por sí mismo o a través de la persona por él designada (art. 9 LOPJM). También deberán ser oídos los padres y guardadores y demás personas interesadas, como pueden ser aquéllos que convivan con el menor. A todos los interesados se les permitirá hacer alegaciones y proponer pruebas para la defensa de sus derechos.

Superados estos trámites, la Entidad administrativa debe dictar resolución escrita en la que efectuará la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de tutela y la adopción de las oportunas medidas de protección por el tiempo imprescindible para lograr los fines perseguidos por la intervención pública, la cual constituye la resolución administrativa de desamparo.

Ha de tenerse en cuenta que, pese a ser una Entidad pública la que asume la protección de los menores, dictando al efecto actos y decisiones de naturaleza pública, debe tenerse en cuenta que tales facultades no derivan de la legislación administrativa, sino del C.c.; esto es, la cobertura legal de los actos administrativos se encuentra en el Derecho privado. En consecuencia, resulta obligado remitir al orden jurisdiccional civil las cuestiones relativas a la impugnación de decisiones administrativas en esta materia (arts. 9 y 22 LOPJ), en detrimento del orden contencioso-administrativo. Así, el art. 172.6 C.c. establece que las resoluciones administrativas en materia de protección de menores serán recurribles ante la jurisdicción civil. Por tanto, debe concluirse que en materia de protección de menores los órganos jurisdiccionales civiles asumen una función revisora, en sede jurisdiccional, de la previa actuación administrativa de las Entidades públicas con competencia en esta materia.

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

Partiendo de que el desamparo se declara en base a una situación fáctica previa, resulta lógico que, una vez desaparecida la misma, no tenga sentido mantener al menor bajo la tutela administrativa.

Por tanto, al cesar la situación de desamparo, se debe producir la extinción de la tutela *ex lege*, puesto que el menor tiene derecho a crecer y ser educado por su propia familia. Dicho derecho del menor al que se le califica como derecho subjetivo ejercitable *erga omnes*, o como derecho fundamental subordinado a su interés, permite afirmar la ilegitimidad de cualquier procedimiento judicial o administrativo a privarle de su propia familia fuera de los casos previstos por la Ley, pero también admite reconocer que el derecho de los padres a tener consigo al menor se halla afecto al mismo trámite³¹⁶. Por tanto, el derecho del menor no tiene carácter absoluto, ya que su propio interés puede hacer necesaria la adopción de otras medidas.

³¹⁶ Como se afirma en la STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581), en la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta

De este modo, para DÍEZ GARCÍA³¹⁷, el eventual derecho de los padres se configura como un principio general que informa toda norma protectora, el cual sólo debe ceder en atención a un principio superior, como es el del menor³¹⁸, pero sólo en la medida que ello asegure su bienestar. En este orden de cosas, sólo cabrá acordar el alejamiento del niño de su familia en los supuestos excepcionales en que su permanencia en ella le sea perjudicial.

Como ya hemos puesto de manifiesto, la tutela a cargo de las Entidades públicas se constituye en virtud de una delación legítima, consecuyente con la declaración administrativa de la situación de desamparo y sin necesidad de intervención judicial. Ahora bien, uno de los rasgos que caracteriza a la tutela *ex lege* es la provisionalidad y transitoriedad, las cuales son una consecuencia necesaria del principio de reinserción familiar del menor, principio según el cual debe ordenar su actividad la Administración, puesto que sólo se mantendrá en la medida que subsista el presupuesto causal que la motivó, y se extinguirá tan pronto como la Entidad pública promueva la constitución de la tutela ordinaria³¹⁹.

Por consiguiente, el desamparo tiene carácter transitorio, como se deduce, por ejemplo, en el art. 23 de la Ley 3/1995, de la Infancia de la Región de Murcia: *“la resolución que declare el desamparo por las causas determinadas en el artículo anterior, comporta la asunción por el organismo competente de la tutela por ministerio de la ley, mientras se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias o el menor sea adoptado, sea reincorporado a quien tenga la patria potestad o la tutela del mismo, se emancipe o llegue a la mayoría o habilitación de edad”*.

Por tanto, las posibilidades que se presentan para poner fin a la situación de desamparo, exceptuando el alcance de la mayoría de edad, serían, fundamentalmente, dos: bien reinsertarlo con su familia, o bien iniciar el procedimiento administrativo encaminado a la adopción del menor. Dejando a un lado este último, al ocuparnos de él

desdeñable STC 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 58) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero [RTC 2001, 28 AUTO], caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987 [TEDH 1987, 12]).

³¹⁷ DÍEZ GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 1783 y 1784.

³¹⁸ Por ejemplo, la STC. 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71), en el caso de una declaración de desamparo, confronta el interés de la madre y el principio superior del menor, y dentro de éste el del su derecho a la familia natural.

³¹⁹ *Memento Práctico Francis Lefebvre*, cit., pág. 221.

en profundidad en otro apartado del presente trabajo, abordaremos seguidamente la posibilidad de que los padres vuelvan a asumir las funciones de las que han sido suspendidos.

El art. 172.4 C.c. establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que *“se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia”*. El principio de reinserción en la propia familia, junto con el interés del menor, aparece recogido en el art. 172.4 C.c. como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, proclamado en el art. 9 de la Convención de NNUU de 1989, y reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC. a partir de su Sentencia 298/1993, de 18 de octubre³²⁰, ahora bien, para que proceda dejar sin efecto la tutela *ex lege* y cese el desamparo, debe estar suficientemente acreditada la capacidad de los progenitores a fin de garantizar que pueden satisfacer las necesidades morales y materiales del menor³²¹.

En definitiva, decretar un desamparo implica prestar asistencia de forma inmediata por parte de la Administración a un menor que la necesita en dicho momento, pero inicialmente se trata de una medida transitoria, cuyo objetivo primordial debe ir encaminado a obtener la normalización de la situación familiar. Todo menor tiene derecho a su familia natural, por tanto, una vez se entiendan superadas las circunstancias que dieron lugar a la intervención administrativa, aquél debe retornar a la familia biológica.

En este sentido, ZAMORA SEGOVIA³²² se hace eco del contenido STS. de 21 de febrero de 2011³²³, conforme a la cual *“para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno,*

³²⁰ RTC 1993, 298.

³²¹ RJ 2009, 4581.

³²² ZAMORA SEGOVIA, M^a. Luisa: “Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen”, www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394, 5 de octubre de 2011, pág. 25.

³²³ En la STS. de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2362) se recoge, en aras del principio del interés del menor, el reconocimiento de la guarda y custodia del menor al padre biológico, ya rehabilitado y normalizado en su vida actual, pero supervisado y controlado por la Administración. De este modo, se considera al menor lo suficientemente protegido.

sino que es necesario que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor”.

El Alto Tribunal entiende que la solución de la sentencia recurrida que acuerda la entrega del menor al padre, bajo las medidas de seguimiento que deberá ejercer la Consejería, ha respetado el principio de protección del menor por los siguientes motivos: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la Administración recurrente; c) el art. 172.4 C.c. considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación³²⁴.

Según VARGAS CABRERA³²⁵, los antecedentes del art. 172.4 C.c. hay que buscarlos en textos internacionales [como la Convención Europea en materia de adopción de niños de 24 de abril de 1967, no ratificada por España, la Resolución 33/77 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo al “placement des enfants”, la Recomendación (87) 6 de 20 de marzo de 1987 sobre “famille nourricières”, la Declaración de la Asamblea General de NNUU de 3 de diciembre de 1986, sobre principios sociales y jurídicos, relativa a la protección de los niños, con especial referencia al acogimiento familiar y a la adopción nacional e internacional (arts. 3 y 4) y la Declaración de Derechos del niños de 1959] y en la Ley Italiana 184/83, en cuyo art. 1 se recoge que “*el menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de su propia familia*”, y en su art. 5.3 dispone que los acogedores está obligados a favorecer la reinserción del menor en su familia de origen. La doctrina italiana ha atribuido

³²⁴ ZAMORA SEGOVIA: “Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen”, cit., págs. 25 y 26.

³²⁵ VARGAS CABRERA: *La protección de los menores en el Ordenamiento Jurídico*, cit., pág. 121.

operatividad interpretativa a la norma, otorgándole amplio contenido a este derecho en conexión con las obligaciones asistenciales de apoyo a la familia del menor, pero significando también su carácter instrumental en torno al fin primordial de reinsertarlo en la sociedad.

Por lo que respecta al significado de “*propia familia*” que recoge el art. 172.4 C.c., al hablar de “*familia*”, entiende VARGAS CABRERA que se refiere a la familia nuclear. Según dicho autor, la Ley de Reforma de 11 de noviembre de 1987 encierra nociones de familia de mayor amplitud, como revela en art. 173.1 C.c. Por ello, algunos autores³²⁶ proponen utilizar elementos conceptuales afectivos y emocionales más allá de los lazos biológicos estrictamente concebidos, como estructuradores del medio en el que debe reinsertarse el menor.

Debe tenerse en cuenta que la redacción del art. 172.4 C.c., experimentó una relevante alteración entre el contenido que le otorgó en su momento la Ley 21/1987 y la que le confiere la LOPJM, sustancialmente derivada de la inversión de los términos y contenido del mismo. Es decir, conforme a su primera redacción se primaba la reinsertación del menor en su propia familia, siempre que ello redundase en interés del menor (decía entonces que “*se procurará la reinsertación del menor en la propia familia*”). La posterior y vigente redacción, parte de buscar, *prima facie* el interés del menor: «se buscará siempre el interés del menor», y «se procurará, cuando no sea contrario a tal interés su reinsertación en la propia familia» (dice textualmente *Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinsertación en la propia familia*). La modificación producida en el texto legal resulta esclarecedora en la medida que, lo que ha de quedar como prevalente en cualquier actuación que pueda conducir a la reintegración del menor a su familia de origen, es precisamente su interés, y no el de nadie más. Así pues, dos elementos juegan en este terreno, con preponderancia del primero sobre el segundo: primero, buscar el interés del menor; segundo, procurar, cuando no sea contrario a tal interés, la reinsertación del menor en su propia familia. Lo cierto, es que, como sigue afirmando BENAVENTE

³²⁶ En este sentido, VARGAS CABRERA: *Op. cit.*, pág. 124, cita en nota a pie de página a autores como LLEVARÍA SAMPER, PÉREZ ÁLVAREZ y DE PABLO CONTRERAS.

MOREDA³²⁷, la combinación de ambos elementos, aderezados por el papel determinante del tiempo en los procesos, por la confusión de procesos y acumulación procesal de los mismos –el de desamparo y el del acogimiento–, así como por errónea creencia, frecuente en muchos casos, de que “el interés de los niños” se encuentra en proporcionarles “los mejores padres”, conducen en la práctica de nuestros tribunales³²⁸, a convertir el segundo de los elementos –el regreso a la familia de origen– en un mero desiderátum, cuando no en una mera declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones llega a producirse³²⁹.

En el Tema 4 abordamos, con detenimiento, las posibilidades de reinsertar al menor con su familia al cesar la situación de desamparo, razón por la cual, a fin de evitar reiteraciones, a aquél nos remitimos.

III.- EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO EN TERRITORIO ESPAÑOL

3.1.- Introducción

Las migraciones de niños y adolescentes se han producido a lo largo de la historia de Europa pero, en las últimas décadas del siglo XX, el proceso de globalización ha supuesto que la inmigración se haya convertido en un fenómeno internacional a gran escala, suponiendo un incremento del volumen de inmigrantes, en la ampliación de las redes migratorias y en la diversificación de los tipos migratorios.

En Europa, este fenómeno se da, sobre todo, entre los años 80 y 90, y aunque las causas principales venían siendo de carácter económico, también aumentaron de forma considerable otras formas de migración, que, o bien no existían o eran consideradas históricamente marginales, entre ellas la de refugiados y desplazados, la inmigración

³²⁷ BENAVENTE MOREDA: “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, cit., págs. 44 y 45.

³²⁸ Vid. STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581).

³²⁹ BENAVENTE MOREDA: *Op. cit.*, pág. 45.

clandestina fruto del aumento de políticas restrictivas y de control y la reagrupación familiar.

3.2.- Problemática social

La existencia de niños y jóvenes solos en Europa se percibió como problema a partir de 1980, debido al incremento de éstos y a la perspectiva proteccionista que le les aplicaba, derivada de los Acuerdos Internacionales de protección a los menores. Esta percepción también tiene relación con la construcción conceptual de la infancia y la adolescencia, así como de las etapas de maduración de los jóvenes en el contexto europeo, que es diametralmente distinto de las de los países de origen. Por consiguiente, la actuación de los agentes sociales ha venido marcada por el desconocimiento y la ambigüedad legal, dada la condición de menores e inmigrantes, que presentan estas personas.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) los define como, niños y adolescentes menores de 18 años que migran fuera de su país de origen, solos o acompañados (porque algunos de ellos no viajan solos, sin embargo al llegar al país de destino, son abandonados), que están separados de las personas que por ley o por costumbre los tienen a cargo y que acceden al territorio solicitando asilo, o de forma irregular³³⁰.

En nuestro país, el supuesto más frecuente con el que se encuentran las autoridades es el de un menor extranjero que llega sin padres o tutor legal, o que llega o está con algún familiar que no le presta la atención adecuada, o bien surge alguna duda sobre la relación entre el adulto y el menor.

En Irlanda, que es uno de los países más avanzados en esta materia, se distingue entre tres categorías distintas de Menores Extranjeros No Acompañados (en adelante, MENA), una primera serían los MENA que llegan solos y no tienen padres, tutores o familiares viviendo en algún país europeo. En segundo lugar, estarían los menores que llegan solos, pero sí tienen a alguno de sus progenitores, o el tutor, o algún familiar

³³⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a. Begoña: *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson-Aranzadi, 2007, Cizur Menor (Navarra), págs. 155 y 156.

residente en algún país de Europa. Y, por último, los niños que llegan acompañados de adultos, pero se desconoce la relación entre ellos.

En Italia, existen dos tipos de consideraciones legales a la hora de atender a un menor: por un lado, la del menor extranjero no acompañado; y, por otro, la del menor en estado de abandono. Ahora bien, puede haber menores que no se encuentren en estado de abandono, porque se hallen acogidos por adultos idóneos, así como pueden existir menores extranjeros considerados “acompañados” por sus padres o tutores legales que se encuentren en estado de abandono moral o material.

En España ocurre algo similar, pues aunque, en un primer momento, se consideró MENA a aquellos menores “*solos o sin padres o tutores legales*”, la práctica hizo que se fuera ampliando también la definición. De esta manera, apareció otra consideración legal a tener en cuenta, la de menor en desamparo. Surgiendo de aquí la categoría de “*extranjeros menores que se encuentran en territorio español en situación de desamparo*”³³¹.

En cuanto al perfil de este colectivo, en líneas generales, suele tratarse de varones adolescentes, en su mayoría de entre 14 y 18 años. Fundamentalmente, se trata de varones, con bastantes hermanos, y procedentes de Marruecos³³². Suelen presentar mayor madurez que la correspondiente a su edad biológica. Mantienen una relación periódica con su familia de origen y muestran deseos de mejorar su situación personal y familiar. Su proyecto migratorio se centra en conseguir la documentación necesaria que le permita regularizar su situación como ciudadano comunitario, y trabajar lo antes posible.

Este grupo, presenta una gran movilidad geográfica, tanto dentro de España, trasladándose de una Comunidad Autónoma a otra, como, incluso, dentro de la Unión Europea. La opción por un determinado lugar, siempre tiene un elemento de provisionalidad, ya que depende de la consecución de los objetivos, además es frecuente que sus redes de compatriotas les faciliten el acceso, rechazando el sistema de

³³¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, cit., págs. 157 y 158.

³³² Para un estudio más detenido de la situación en España de los menores procedentes de Marruecos, *vid.* FÁBREGA RUÍZ: “El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores”, cit., [LA LEY 4315/2005].

protección que las instituciones les ofrecen, para decantarse por opciones que le ofrecen mayor autonomía como puede ser el alojamiento en pisos. Por otro lado, aunque la mayoría han estado escolarizados en su país de origen, rechazan la escolarización y optan por actividades formativas que les permitan conseguir un empleo, puesto que es habitual que cuenten con algún tipo de experiencia laboral. Sin embargo, sufren un gran choque entre las expectativas que tenían al venir a nuestro país y la realidad con la que se encuentran. Aun así, no contemplan el retorno, puesto que conocen nuestra la legislación y nuestro sistema de protección, y, evidentemente, hacen uso de él³³³.

Pero junto con los menores extranjeros “no acompañados”³³⁴, no podemos olvidar que la realidad social nos muestra también a los menores extranjeros “acompañados”.

Es decir, se trata de menores inmigrantes que se encuentran en nuestro territorio acompañados de un progenitor, su tutor, o su responsable legal, y cuya situación dependerá de la del mayor que lo acompaña. De este modo, se invierte la situación, y es el menor quien acompaña al adulto responsable de él, y sigue la misma suerte que el adulto cuando éste se encuentre en situación irregular, sin permiso de residencia. En ese caso, cuando sea necesario el internamiento de los padres o tutores en un Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante, CIE) a la espera de una resolución administrativa de expulsión del territorio español, nuestra legislación (en concreto, el art. 62 bis LE), permite tenerlos en su compañía, siempre que en el CIE existan módulos que garanticen la unidad e intimidad de la familia. En caso contrario, es decir, cuando no sea posible mantenerlos en compañía de sus padres o tutores, se internan en un

³³³ BRAVO RODRÍGUEZ, Rosa M^a: “Los menores no acompañados en España”, en *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes* (BARRANCO VELA/DURÁN RUÍZ, coords.), Comares, Granada. 2009, págs. 27 y 28.

³³⁴ En opinión de FÁBREGA RUÍZ: “El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores”, cit., [LA LEY 4315/2005] “*aunque nuestro Ordenamiento jurídico es ampliamente protector en su regulación del trato que, a los menores inmigrantes ilegales y sin compañía de referentes adultos, debe darse, en la práctica las actuaciones administrativas quebrantan dicha regulación suponiendo un verdadero supuesto de maltrato institucional que el Ministerio Público debe procurar atajar como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales*”.

centro de acogida de menores extranjeros³³⁵, con lo cual se equiparan a los MENA en cuanto que terminan tutelados por la Administración encargada de la protección del menor.

3.3.- El estatuto jurídico de los MENA

MURILLAS ESCUDERO aborda la problemática del menor no acompañado de forma amplia y precisa en un estudio del que nos hacemos eco³³⁶. Así y siguiendo su exposición, diremos que el punto de partida constitucional está recogido en el art. 39 CE, que contempla la protección integral de los hijos, establece también el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que proceda, y en su punto 4º señala la protección de los derechos que tienen los niños en los Acuerdos Internacionales ratificados por España. En este caso, la Convención de NNUU de noviembre de 1989 dispone en su art. 1 que la ley y sus disposiciones de desarrollo son aplicables a los menores de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, texto que se reproduce en el art. 1 LOPJM.

La Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, es muy clara al respecto. Los países miembros de la Unión deberán proporcionar unas garantías mínimas a estos menores, entre otras, tratar de conseguir la identificación del menor, facilitarles el acceso a los centros de protección, asistencia sanitaria, en definitiva, proporcionar a estos menores unas medidas básicas de atención y cuidado, no debiendo proceder a su repatriación hasta en tanto no se tenga certeza de que aquella se realiza con plenas garantías de protección para el menor en su país de origen.

En este sentido, se debe recordar el art. 3.2 de la Convención de NNUU de 1989, que obliga *“a la protección y cuidado del niño a los padres..., tutores u otras personas*

³³⁵ Vid. DURÁN RUÍZ: “Los menores inmigrantes acompañados y no acompañados en situación de desamparo. Régimen jurídico y derechos a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, cit., págs. 221 a 224.

³³⁶ V. MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: “Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante”, en *Diario La Ley*, núm. 5605, 2002 [LA LEY 2360/2002].

responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”, así como su art. 20.3, que respecto a la protección y asistencia especiales del Estado contempla para estos menores la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores, prestando especial atención a la conveniencia de que haya continuidad entre la educación del niño y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

En cuanto a la terminología, en lo sucesivo se considerará el término “*menor*”, entendiéndose que es menor todo extranjero que no ha cumplido aún los dieciocho años, tal como se recoge en el punto primero de las pautas que señala la Instrucción de la FGE 6/2004, de 26 de noviembre.

Se considera un aspecto fundamental en esta cuestión determinar la edad en los casos en que no pueda deducirse de la simple apariencia, puesto que de ello dependerá el que sean objeto o no de la protección que los Poderes Públicos están obligados a prestar a todo menor, con la consiguiente aplicación de las medidas que se estimen oportunas.

En primer lugar, y ante la duda, se somete a protección el “*supuesto menor*”, tal como se recoge en la SAP. de Barcelona de 5 de octubre de 2012³³⁷, donde se plantea la problemática que surge en cuanto a la determinación de edad de los extranjeros que vienen a España, y la importancia de ello al tener graves consecuencias en el ámbito administrativo, a los efectos de aplicar nuestra normativa sobre protección de menores: *“cabe destacar asimismo que en tanto no se emitió el informe médico, el interesado fue objeto de protección, atendido en un centro, de tal manera que en ningún caso se ha*

³³⁷ SAP. de Barcelona (Sección 18ª) de 5 de octubre de 2012 (JUR 2013, 10142). En esta Sentencia se ven en grado de apelación, los autos de oposición medidas en protección de menores seguidos por el Juzgado de Primera Instancia, a instancia de D. Melchor, contra Direcció General D'Atenció a la Infància i a L'Adolescència del Departament D'Acció Social i Ciutadana. (...) Según se desprende de la propia Resolución la DGAIA se procedió, en fecha 24 de octubre de 2010, a la apertura de expediente de desamparo de un menor identificado como Melchor, personado de forma voluntaria en las dependencias de los Mossos d'Esquadra identificándose con certificado de nacimiento emitido en la República de Ghana, según la fecha de nacimiento que en el mismo constaba, contaría en aquel momento con 16 años de edad. A consecuencia de ello se acordó prestar atención inmediata al menor y autorizar su ingreso en centro, pendiente de la comprobación de la situación del menor. Una vez practicado el estudio óseo por el Hospital Clinic de Barcelona, se llegó a la conclusión de que la edad ósea pertenecía a un varón de 18 años. A la vista del resultado, se dicta Decreto de archivo por la Fiscalía de Menores, y resolución administrativa el 16 de noviembre de 2010 acordando el cierre del ejercicio de las funciones tutelares asumidas con carácter preventivo por parte de la DGAIA y dejar sin efecto la guarda atribuida a los directores de los centros de acogimiento.

infringido la normativa de protección de menores en tanto fue considerado como tal, aplicando mientras duró la incertidumbre el principio de favor minoris, pero dicha protección no puede hacerse extensiva a personas que ya no gozan de dicha condición”.

El problema, a veces, surge en cuándo y cómo se ha de someter a un presunto menor a un estudio científico encaminado a averiguar si aún se encuentra dentro de la minoría de edad. Recientemente, el TS., en su S. de 23 de septiembre de 2014³³⁸, fija la siguiente doctrina jurisprudencial sobre la materia: el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.

Según expone el TS. en esta reciente Sentencia, en cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. Considera el Alto Tribunal que la emigración provoca por sí misma y de forma inevitable un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes.

Por ello, considera el TS. que un menor no acompañado, como expresa la

³³⁸ RJ 2014, 4839.

resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la Situación de los Menores No Acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es, ante todo, un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.

Continúa manifestando el TS. que la misma Resolución europea deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda.

Por lo que respecta a las medidas de protección del menor, son también aplicables a los menores inmigrantes que han entrado ilegalmente en nuestro país; así lo establece el art. 9.6 C.c., que pretende resolver los problemas de Derecho internacional privado que se derivan de la protección de incapaces (en sentido laxo, incluye también a los menores), aunque en el texto del artículo habla de la ley nacional del incapaz; el último párrafo del apartado primero del artículo señala que “*sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual*”, medida que se ha generalizado “*basada en su residencia habitual*”, como propuso, además, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 20 de agosto de 1987, y los posteriores trabajos de la Conferencia sobre la protección del menor que han dado lugar a la Convención relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad de los padres y medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, que, eliminando el principio de nacionalidad, define ampliamente su ámbito de aplicación material y donde entra plenamente la tutela administrativa del art. 172.1 C.c., por lo que es una cuestión

pacífica en la doctrina.

Siguiendo con nuestro Ordenamiento interno, el párrafo 3° del art. 9.6 C.c., literalmente señala: “*será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español*”; y, por su parte, destaca el carácter imperativo del texto del art. 9.10 C.c.: “*se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual*”. Puede darse el supuesto de la existencia de un menor inmigrante residente en España del que conozcamos su nacionalidad y según la legislación de su país de origen haya alcanzado la mayoría de edad.

La reflexión que estos dos apartados sugiere es delimitar el concepto de residencia habitual del menor inmigrante que deambula por las calles de nuestras grandes ciudades y que ha entrado ilegalmente en España.

Es un hecho casi incontestable las numerosas dificultades que se le presentan a las instituciones públicas de protección del menor para tener conocimiento del domicilio de estos menores en su país de origen. Incluso, muchas veces, cuál es su país. Previa las investigaciones oportunas, en caso de tener conocimiento del país de origen del menor y del domicilio familiar, únicamente hay que plantearse el expediente de repatriación del menor a su lugar de origen o residencia de su familia, con las suficientes garantías, en cuyo caso procedería ejecutar la repatriación, y, en consecuencia, cesaría la obligación de protección que la legislación atribuye a los poderes públicos de nuestro país, en cuanto a ofrecer tutela, guarda y custodia al MENA.

En caso contrario, que son la mayoría, desconocimiento de su familia de origen y, en algunas ocasiones, también del país de procedencia, la residencia habitual de estos menores viene determinada por la sola presencia en el nuevo lugar, considerando la intención de permanencia y la posible integración del menor en nuestro país, ello permite suponer la previsible duración de su estancia y el paulatino enraizamiento de este menor, del cual se desconocen los datos familiares en su país de origen.

En estas situaciones, para apreciar la residencia habitual hay que prescindir de todas las consideraciones de carácter legal; el propio informe explicativo del Convenio

de La Haya de 1961 caracteriza la residencia habitual, si se compara con otros lugares de residencia que podrían entrar en juego, como el lugar que constituye “*el centro efectivo de la vida del menor*”. El adjetivo “*habitual*” no ha de interpretarse en el sentido estricto de permanencia en un lugar durante un tiempo determinado. Conforme a ello, nosotros entendemos que, como se ha dicho en el párrafo anterior, en estos casos se ha de equiparar el término residencia habitual al de presencia efectiva en un determinado lugar.

La protección la otorga la Entidad pública como un servicio público; por lo tanto, si atendemos al art. 1 LOPJM que delimita su propio ámbito de aplicación espacial, puesto en relación con el art. 18 del mismo Texto legal que incluye la actuación de la Entidad pública cuando el menor esté en situación de desamparo, la Administración asume la tutela contemplada en el art. 172 C.c., y, especialmente, los apartados 3º y 4º del art. 10 LOPJM con referencia expresa a los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o desamparo. En consecuencia, la protección que otorga la Administración debe extenderse también a todos los menores inmigrantes en situación de riesgo o en desamparo que se hallen en territorio español, con independencia del carácter “*habitual*” o no de la residencia del menor.

Indudablemente, la situación de estos menores cuando llegan a nuestro país goza de una especial protección³³⁹, aunque se puede hablar de un antes y un después en el reconocimiento de los derechos del niño o menor, después de la incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico de la Convención de NNUU de 1989, la cual tiene su antecedente en una versión previa elaborada por el Gobierno de Polonia que se presentó

³³⁹ Según MURILLAS ESCUDERO: “Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante”, cit., basta hacer un recordatorio de algunos textos internacionales como, la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, el Convenio de la ONU adoptado en diciembre de 1990, sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y miembros de sus familias, en los que se recogen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño de 19 de abril de 1996, sin olvidar los textos que afectan a la protección del menor plasmados en Resoluciones o Recomendaciones, entre otras, la Recomendación del Consejo de Europa núm. 1286, de 24 de enero de 1996, relativa a una estrategia europea para los niños, la Recomendación núm. 1121, de 1 de febrero de 1990, sobre los derechos del niño, y la Resolución 1992/47, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que en su ap. 14 *Invita a todos los Estados miembros a que consideren la posibilidad de tomar medidas apropiadas para la protección de los niños y de las mujeres migrantes contra la explotación mediante la prostitución y otras prácticas análogas a la esclavitud, incluida la posibilidad de establecer órganos nacionales para alcanzar estos objetivos*”.

a la Comisión de Derechos Humanos en 1978, siendo el texto final el resultado de un grupo de trabajo que se reunió durante diez años hasta llegar a consensuar el texto final.

En el Ordenamiento jurídico interno, la guía básica para contemplar los derechos del menor debemos tomarla, lógicamente, de la LOPJM, aplicable también al menor inmigrante en virtud de su art. 1: *“La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”*, teniendo en cuenta siempre una serie de principios que han de ser respetados en todo momento³⁴⁰.

Una mención especial dentro de este epígrafe merece, tanto el derecho a la educación como el derecho a la salud de los menores extranjeros no acompañados.

El derecho a la educación se reconoce en la Convención de NNUU de 1989 en su art. 28, que establece el derecho del niño a la educación y las distintas obligaciones de los Estados en esta área. Por su parte, el Convenio de la NNUU de 1990 señala en su art. 30 que *“todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho*

¹¹ En la obra citada de MURILLAS ESCUDERO, que aquí seguimos de cerca en la materia objeto de estudio, se destacan los siguientes principios: 1. La aplicación de la ley se realizará siempre primando el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Este principio constituye una directriz básica que debe actuar tanto en la interpretación como en la aplicación de la ley; 2. Se amplía el ámbito de actuación de la Administración, al hacer extensible a los menores extranjeros que se encuentren en España todas las medidas que la Ley establece. Además la Administración está obligada a desarrollar políticas integrales de desarrollo a la infancia para hacer efectivos los derechos que contempla la ley; 3. Se refuerza la intervención del Ministerio Fiscal, incrementado las facultades de éste en relación con los menores, aunque es necesario dotar de más medios materiales y personales a esta institución para alcanzar las funciones que ahora tiene otorgadas, y que debido al paulatino aumento del número de menores inmigrantes indocumentados en nuestro país, y la problemática que se plantea con estos menores, cada vez es más necesaria la dotación de mayor número de recursos para su actuación; 4. En ningún caso el contenido esencial de los derechos del menor podrá quedar restringido por falta de recursos sociales básicos; 5. Como principio rector de la actuación de los poderes públicos, entre otros, señala la Ley, procurar el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor y promover la participación y solidaridad social. Se deberá considerar la realidad social, las exigencias del bien común, y los derechos individuales, pero sin perder de vista los derechos colectivos; 6. Debemos subrayar el art. 3 LOPJM, que señala que todos los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de 1989, y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, religión y lengua, entre otras circunstancias; 7. Especialmente significativo es el art. 10.3 LOPJM, que establece el derecho a la educación de los menores extranjeros que se encuentren en España, añadiendo que si están en situación de riesgo tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos, incluso cuando no residieran legalmente en España; 8. Finalmente, el respeto y protección al superior interés del menor se erige en principio inspirador y fundamental de la Ley.

fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales de que se trate”, independientemente del carácter irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de los padres, y del carácter irregular de la permanencia o de empleo del hijo en el Estado de que se trate. Se consagra en estos dos textos internacionales que los menores tienen derecho a la educación, con independencia de la situación de estancia de los padres. Por lo tanto, el hecho de que unos padres o el hijo carezca de determinados documentos o conste una situación jurídica ilegal en el país no puede privarle de este derecho. Por su parte, la LOPJM, en su art. 10.3, recoge que *“los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación”*. Posteriormente, el contenido del derecho a la educación ha sido perfilado, resultando tal como aparece en el art. 9 LE, que lleva por rúbrica *“Derecho a la educación”*³⁴¹.

La consagración internacional del derecho a la salud tiene su corolario en el art. 24.1 de la Convención de NNUU de 1989, que establece el derecho del niño a disfrutar del más alto nivel posible de salud y el acceso a los servicios para el tratamiento de enfermedades y de rehabilitación. Insiste en su punto 2º que los Estados Partes asegurarán la aplicación de este derecho, y en su apartado b) incide en que los Estados deberán asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a *“todos”* los niños. Por otro lado, el derecho de asistencia sanitaria en condiciones de urgencia con independencia de la situación de los padres se reconoce posteriormente en el art. 28 del Convenio de la ONU sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, de 18 de diciembre de

³⁴¹Art. 9. Derecho a la educación: *“1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización; 2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles; 3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social; 4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración”*.

1990: “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”.

Por otro lado, nuestra Constitución, en su art. 43, reconoce de forma genérica “el derecho a la protección a la salud”, y en su punto 2º precisa que será la ley la que establezca los derechos y deberes al respecto.

Junto a estos textos pacíficos por su claridad, señala MURILLAS ESCUDERO que quizá el texto del art. 10.3 LOPJM³⁴² sea el más complejo, al presentar una redacción un tanto farragosa y poco afortunada. Contempla la asistencia sanitaria y los demás servicios públicos a los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración, aun cuando no residan legalmente en España. Este precepto encuentra su complemento en el art 10.1 LE³⁴³, al permitir el acceso de los extranjeros al sistema de la Seguridad social.

Por último, cabe citar la Circular de la FGE 2/2006, la cual establece en el punto XI la actuación que debe seguir el Ministerio Fiscal en estos casos:

“Primero, una vez que los Sres. Fiscales reciban la noticia de la localización de un presunto menor extranjero no acompañado, habrán de proceder a la incoación de unas diligencias conforme al art. 5 EOMF.

En segundo lugar, la decisión en la que se disponga lo necesario para la determinación de la edad del menor y en aquélla en la que se ponga al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores habrá de acordarse mediante el correspondiente decreto, sin perjuicio de que pueda ser comunicada previamente por cualquier medio, incluso por medios telemáticos o telefónicos a la fuerza actuante, en aras de la necesaria celeridad, con el fin de evitar tiempos muertos o

³⁴² Dice textualmente el art. 10.3 LOPJM que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”.

³⁴³ Según el art. 10.1 LE, “los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego. El referido Decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho Decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos.

El Fiscal deberá promover la efectiva utilización del Registro de menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENA), conforme a lo dispuesto en el art. 111 Reglamento de Extranjería (en adelante, RE), tanto exigiendo a la Fuerza actuante, salvo causa justificada, su consulta previa en el proceso de determinación de edad, como impulsando las inscripciones de los menores localizados por primera vez. Y del mismo modo, también habrá de asegurar en todo caso que, siempre que las pruebas practicadas constaten la minoría de edad del extranjero indocumentado o, establezcan una horquilla de edades cuya franja inferior quede por debajo de los dieciocho años, éste quede a disposición de los servicios competentes de protección de menores, sin perjuicio de comprobaciones ulteriores respecto de la edad.

En caso de repatriación, las notificaciones que en relación con el proceso de repatriación de menores conforme al arts. 35 LE y 92 RE se reciban en Fiscalía habrán igualmente de dar lugar a la incoación de las correspondientes Diligencias preprocesales. Habrá de verificarse especialmente que en la tramitación del expediente administrativo se ha respetado el derecho del menor a ser oído (art. 9.1 LOPJM, art. 92.4, párrafo 1º RE), que se ha evacuado el informe de los servicios de protección de menores (art. 35 LE), que se ha acordado por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno y que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (art. 92.4, párrafo 4º RE) y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (art. 92.4, párrafo 5º RE)”³⁴⁴.

³⁴⁴ En la Memoria del Ministerio Fiscal correspondiente a 2014 (p. 460), la FGE señala que La mayoría de las Secciones Provinciales (Burgos, Guadalajara, Tarragona, Castellón, Jaén, Cantabria, Baleares...)

3.4.- La regulación del menor no acompañado en la LO 4/2000 y en su Reglamento de aplicación

Como ya se ha expuesto anteriormente, la Convención de NNUU de 1989 y la LOPJM, son los textos fundamentales que conforman los mecanismos de protección de menores. Ahora bien, por su específica aplicación a los menores inmigrantes, no podemos dejar de abordar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LE), en concreto, el art. 35, así como los arts. 189 a 198 (Capítulo III, Título IX) de la misma. A ellos se añade el art. 215 del Reglamento de la citada Ley, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el RD. 557/2011, 20 de abril (RE). Son estos cuerpos legales los directamente aplicables al menor inmigrante no acompañado una vez que se encuentra en nuestro país.

Por ello, para obtener un concepto claro de “*menor extranjero no acompañado*” (MENA) nos remitimos al art. 189 del RE que desarrolla la LE, según el cual, “*lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación*”.

Conforme dispone el art. 35 LE³⁴⁵, una vez que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido

apenas sí han tenido que abordar esta problemática, siendo varias las que, como Toledo, Soria o Palencia, no han llegado ni siquiera a dictar un decreto de determinación de la edad.

En cuanto a la supervisión del Registro de MENA por la Unidad de Extranjería de la FGE ha mejorado la identificación, pero en Lérida refiere dificultades en el acceso a través de *Adextra* que obligan a contactar directamente –lo que no siempre es posible– con el responsable provincial del registro.

Y, por último, señalan que una vez superada la fase inicial de acogida y evaluación, la intervención administrativa suele ser adecuada, aunque la integración de estos jóvenes se complica por sus constantes fugas y su aspiración a seguir viajando hacia otros países de Europa.

³⁴⁵ Redactado por el apdo. 37º del artículo único de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LE.

en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias. Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

Ahora bien, si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

Por otro lado, la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.

A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así

como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen.

Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

La Administración General del Estado y las CCAA. podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los MENA. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos. Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor³⁴⁶. A tales efectos,

³⁴⁶ CABEDO MALLOL, Vicente/CLOQUELL LOZANO, Alexis/VÁZQUEZ MURILLO, Pepa: "Menores extranjeros no acompañados en el sistema de protección de menores de Andalucía", en *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las CCAA*, Tirant lo Blanch, 2012. www.tirantonline.com [TOL2.664.482]. En esta obra se realiza un minucioso estudio de la situación de estos MENA en las distintas CCAA, una vez se les detecta. El epígrafe 5 aborda la problemática en Andalucía y empieza recogiendo que la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Infancia y Familias, tiene asumidas las competencias en materia de protección, atención y garantía de los derechos de los menores, independientemente de cuál sea la procedencia de los mismos, es decir, se mantiene el principio fundamental de que la intervención y atención de los menores procedentes de la inmigración se realiza en las mismas condiciones de igualdad que el resto de menores nacionales, sin ningún tipo de discriminación.

Es importante definir a qué nos referimos cuando hablamos de menores extranjeros no acompañados. Con esta definición se hace referencia a un grupo de población con unas características concretas y un perfil determinado. Su situación es compleja e intervienen múltiples factores en el proceso de atención y garantía de sus derechos como menores. Se trata de menores que deciden abandonar su país de origen y trasladarse a otro distinto, sin ningún tipo de autorización administrativa ni acompañamiento, entrando de esta forma en el circuito de la inmigración ilegal. Esta traslado a otro país lo realizan solos, sin adultos de referencia, en la mayoría de los casos poniendo en peligro la vida en el trayecto en patera, por lo que, técnicamente, se encuentran en situación de desprotección, según nuestra legislación en materia de menores.

La mayoría de estos menores llegan a España realizando peligrosas travesías, motivados mayoritariamente por cuestiones económicas, ya que manifiestan que vienen con el objetivo de conseguir "papeles" y trabajo, para poder vivir en España y enviar dinero a sus familias. La decisión de emigrar puede ser personal o familiar, constatándose la influencia que tiene el "mito europeo" a la hora de tomar la decisión migratoria, sin olvidar que en el trasfondo de estas migraciones se encuentra la precaria situación económica y social de estos menores en sus países.

Una vez que entran en España, sus expectativas migratorias chocan con la realidad, manifestando un elevado porcentaje de estos menores que no sabían lo que se iban a encontrar en España y que de conocerlo no habrían venido, pero que una vez que están aquí no quieren regresar a su país de origen, quieren quedarse para intentarlo.

deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la Entidad que vaya a asumir la tutela, siendo el régimen de la misma el previsto en el C.c. y en la LEC. Además, serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el C.c. y en la legislación vigente en la materia.

Y así se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, o por cualquier otra Entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela, y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se

Teniendo en cuenta que si hace años los menores utilizaban Andalucía como trampolín para emigrar al centro de Europa, actualmente su proyecto se limita a permanecer en los centros de protección de Andalucía de forma indefinida. Esto tiene que ver, entre otras cosas, con el descenso en la edad media de los menores que llegan, algunos de los cuales son incluso menores de 12 años, por lo que su horizonte vital es permanecer en el sistema de protección durante 5 ó 6 años, hasta alcanzar la mayoría de edad.

Andalucía no cuenta con centros de protección de menores creados específicamente para la atención a menores extranjeros no acompañados, los menores procedentes de la inmigración son atendidos con los mismos recursos, dispositivos y servicios que el sistema de atención a la infancia y a la familia pone a disposición de los menores nacionales. Esta no es una atención segregada, no obstante, existen centros en determinadas provincias donde se desarrollan programas de acogida inmediata, que debido al alto número de ingresos de menores a causa de su ubicación geográfica, desarrollan intervenciones y actuaciones prácticamente en exclusiva con dichos MENA.

En los centros en los que se atiende a menores inmigrantes se cuenta, además de con los recursos habituales --personal según ratio, adecuación de instalaciones, actividades educativas y lúdicas, alimentación y vestido, relaciones con el entorno social, etc.--, con recursos específicos para la atención de las nuevas necesidades --mediadores interculturales, educadores de origen árabe, con conocimientos del idioma y la cultura del país de origen.

Para ello la Junta de Andalucía ha apostado claramente por la calidad en la atención residencial de todos los menores que viven en nuestros centros de protección infantil. Ello se traduce en:

- Incremento sustancial del presupuesto destinado a la financiación de los centros de protección.
- Ello ha redundado en una más adecuada conformación material de los centros, más profesionalización del personal, mejores retribuciones, más formación especializada.
- Más actuaciones formativas especializadas.
- La Junta de Andalucía cuenta con los denominados programas +18, para apoyar la plena integración social y autonomía de los chicos y chicas que alcanzan la mayoría de edad bajo la tutela de la Junta.

Es evidente que la disponibilidad de estos recursos y esta atención tiene su razón de ser en una política de atención a la infancia en esta Comunidad Autónoma debidamente planificadas y definidas sobre la base de un sistema de protección a todos los menores, sin distinción de origen, que apuesta día a día por la calidad en todo el proceso de intervención es decir desde que el centro pasa a ser su casa hasta la posible consecución del fin último de nuestro sistema que es la reagrupación familiar.

En resumen, los menores procedentes de la inmigración son atendidos con los mismos recursos, dispositivos y servicios que el sistema de atención a la infancia y a la familia pone a disposición de los menores nacionales. A fecha de 2009, el 33% de las plazas residenciales del sistema de protección de menores en Andalucía estaban ocupadas por menores extranjeros no acompañados.

retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

Llegados a este punto es imprescindible hacer referencia a la necesidad de dotar al MENA de la correspondiente asistencia jurídica una vez que se ha detectado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y han sido puestos bajo la tutela de los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores, a fin de que se encargue de intervenir la Administración de nuestro país, y defienda sus derechos.

Como se señala en el Informe del Defensor del Pueblo de 2005, sobre la asistencia jurídica de los menores extranjeros en España³⁴⁷, la situación especial y dependiente de los menores extranjeros bajo la tutela de las Administraciones públicas crea dificultades prácticas en la interposición de recursos cuando se ha violado alguno de sus derechos. Para mitigar esta circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño³⁴⁸, órgano de Naciones Unidas encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención, ha reclamado a los Estados parte de la Convención, el acceso a procedimientos eficaces por parte de los menores y sus representantes. Esto incluye el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la protección, incluido el apoyo a la autoprotección, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole de necesidades.

La necesidad de la asistencia especial para los menores extranjeros no acompañados ha sido señalada, aunque de manera general, por el Comité de Derechos del Niño, cuando en sus recomendaciones al Gobierno español le exhortó a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a los niños refugiados, a los niños que soliciten asilo, y a los niños no acompañados, el disfrute de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴⁹.

La intervención letrada derivada del art. 35 LE deberá tener siempre presente que el menor extranjero en situación de desamparo no puede ser expulsado, devuelto o

³⁴⁷ “Informes, estudios y documentos; Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”. Defensor del Pueblo, <http://www.defensordelpueblo.es>, págs. 319 a 339.

³⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N.º. 5 de 2003, sobre “Medidas generales de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44). CRC/GC/2003/5.

³⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales a España, 24 de octubre de 1994. CRC/C/15/Add.28.

retornado. Su salida de nuestro país sólo puede tener como motivo su reagrupación con su familia. Es cierto que no existe ningún precepto que de manera expresa prohíba la expulsión, el retorno o la devolución de un menor extranjero, ahora bien la referencia expresa que el art. 35 de la citada Ley contiene a la “*reagrupación familiar*” hace que ésta se convierta en un derecho para el menor extranjero, en contraposición a la expulsión, la devolución o el retorno que, claramente, son sanciones administrativas previstas en la legislación de extranjería. La salida de un menor extranjero de nuestro país sólo podría producirse utilizando el mecanismo de la “*reagrupación familiar*” al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos.

La asistencia letrada en estos casos debe tener en cuenta que tanto en el precedente RE (art. 62) como en el actual art. 92.1 del actual se confirma la anterior conclusión al establecer que cuando se tenga conocimiento o se localice en España a un extranjero indocumentado, después de realizar determinadas actuaciones con él, la Administración General del Estado resolverá conforme al principio de reagrupación familiar sobre su repatriación a su país de origen o en su defecto sobre su permanencia en España. Claramente se descarta el poder aplicar a un menor una sanción de expulsión, de devolución o de retorno.

Por ello, la intervención del letrado en las actuaciones previstas en el art. 35 LE, deberá tener presente, en primer lugar, el principio de la reagrupación familiar y, en segundo lugar, de no ser posible la misma, garantizar que la integración del menor se produce sin vulnerar ninguno de sus derechos.

Con respecto a la decisión de la Administración General del Estado en la que se acuerde la reagrupación familiar del menor, la actuación del letrado se dirigirá a cerciorarse de que dicha decisión se ha adoptado siguiendo los trámites y requisitos que señala el art. 92 RE. Debe tenerse siempre en cuenta por parte del letrado que intervenga ante una delegación o subdelegación del Gobierno defendiendo los intereses de un menor que una de las principales novedades del citado Reglamento, concretamente el apartado 4º del artículo antes citado, es la que hace referencia a que la repatriación al país de origen del menor solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela

por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Esta circunstancia debe servir para evitar resoluciones de repatriación dictadas de manera automática, al mismo tiempo esa previsión reglamentaria introduce también una novedad en la asistencia jurídica que debe prestar el letrado. La oposición o no a la decisión administrativa en la que se decida sobre la repatriación del menor, deberá ir precedida de un conocimiento previo por parte del letrado respecto a las condiciones que concurren en la familia del menor o en su caso sobre la situación en la que se encuentran los servicios de protección de menores del país de origen.

Opina el Defensor del Pueblo en el Informe sobre asistencia letrada al que hemos hecho referencia que, al objeto de que el letrado obtenga dicha información, sería muy conveniente que bien los grandes colegios de abogados o el Consejo General de la Abogacía, pudieran facilitar a sus colegiados datos similares a los que se contienen en “los informes sobre el país de origen” que se utilicen en los casos de solicitudes de asilo. En cualquier caso ante la imposibilidad del letrado de recibir información acerca del país de origen del menor, lo que deberá exigir a la Administración que instruye el expediente es que en el mismo consten informes fundados sobre la familia o en su defecto sobre los servicios de protección del país al que podría repatriarse al menor.

Un aspecto decisivo que no se menciona en el art. 35 LE y que, sin embargo, introduce el art. 92.4 RE es la obligación que recae sobre la Administración General del Estado de oír al menor antes de resolver lo que proceda respecto de su repatriación a su país de origen o aquel donde se encuentren sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. Este derecho del menor a ser oído está reconocido en el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño e igualmente aparece positivizado ese derecho en nuestro Ordenamiento en el art. 9 LOPJM. Más adelante lo abordamos de forma individualizada.

Por otro lado, en el supuesto de que la decisión que adopte la Administración General del Estado sea la de que el menor permanezca en España la actuación del letrado respecto del mismo será, en primer lugar, la de comprobar que las medidas de protección se cumplen en los términos acordados por la Entidad pública de protección. El letrado velará también para que se le otorgue al menor la autorización de residencia a la que se refiere el art. 35.4 LE. Si fuere necesario se haría saber a la Administración

que aunque el menor no cuente con esa autorización de residencia el mismo tiene acceso a todas aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio.

En el caso de llegar a la mayoría de edad sin contar con esa autorización temporal de residencia, el abogado haría uso de la posibilidad que contempla el apartado 5º, párrafo 3.º, del art. 92 RE para lograr que se le conceda esa autorización por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el art. 40 j) LE. Sobre este punto debe señalarse que, según el apartado 4 del art. 35 de la citada Ley, los efectos de la declaración de desamparo deberán retrotraerse al momento en que fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Esta previsión legal debe contemplarse de acuerdo con lo previsto en el art. 72, apartado 3 letra e) RE. Este artículo recoge que la autorización de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una Entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva³⁵⁰.

Una vez hemos expuesto la idea principal que se deduce del Informe del Defensor del Pueblo, que, hemos de decir, se lleva a efecto de forma rigurosa, tenemos que señalar la contradicción que, desde el punto de vista práctico, venimos encontrando en ello.

Y es que ocurre que el abogado del menor se encuentra inmerso en un mar de contradicciones. En primer lugar, el letrado se ve defendiendo los derechos del menor frente al Fiscal, como el garante de los derechos del niño, pero, además, también lo defiende ante la Administración Pública encargada de su protección, que, en estos casos, suele decretar la reagrupación familiar sin tener en cuenta, que, en muchos casos, estos niños huyen de sus propias familias (más bien, las niñas son las que huyen de sus padres por haberle pactado los matrimonios, en ocasiones, con hombres de hasta cincuenta o sesenta años).

Sin embargo, el Fiscal siempre apoya la repatriación, sin efectuar las oportunas comprobaciones, y ahí el abogado se convierte en el defensor del menor frente al

³⁵⁰ “Informes, estudios y documentos; Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”. Defensor del Pueblo, <http://www.defensordelpueblo.es>, págs. 319 a 339.

verdadero garante del menor y a la Administración Pública encargada de proteger al mismo. Realmente, entendemos que dicha labor de defensa del menor no compete a un abogado de oficio, sino a la Administración y al Fiscal, que antes de decretar la repatriación, han debido estudiar las circunstancias individuales del menor y los motivos por los que huye de su país, dada la posibilidad de que el objeto de dicha huida, en ocasiones, sea, precisamente, su propia familia.

3.5.- La repatriación del menor extranjero no acompañado. Concepto

El proceso de repatriación de menores extranjeros no acompañados viene recogido en los arts. 189 a 198 del RE.

Con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo RE, la regulación del procedimiento de repatriación era claramente insuficiente. Lo único que se establecían eran unos trámites y requisitos básicos, pero sin configurar un verdadero procedimiento administrativo con fases diferenciadas y con observancia de todos los derechos de audiencia y de información que se le debían de otorgar al menor. La insuficiencia normativa obligaba a utilizar de forma subsidiaria las normas generales establecidas para los procedimientos de extranjería en la LE y en el anterior Reglamento y para los procedimientos administrativos, en general, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPyPAC).

La protección de los MENA es competencia de las Entidades Públicas de protección de menores de las Comunidades Autónomas, pero su repatriación es competencia de la Administración Central, que es la que tiene que adoptar la decisión.

Para coordinar sus actuaciones, la Administración General del Estado promovió la elaboración del Protocolo de actuación en relación con los MENA y para facilitar su repatriación, aprobado el 12 de diciembre de 2002 por el Observatorio de la Infancia (órgano colegiado dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), en el que están representados la Administración General, la Autonómica y la local, además de las ONG que trabajan en el campo de la infancia. Este Protocolo se desarrolló normativamente en el art. 35 LE y en el art. 92 del anterior RE.

La normativa originaria partía de que, en principio, debería intentarse siempre la repatriación. El menor debe estar con su familia y lo lógico es que, habiendo entrado en España de forma irregular y no teniendo ningún tipo de arraigo ni vínculo en nuestro país, el mismo deba criarse en su país de origen. Ahora bien, ya se señalaba antes que la repatriación no es el objetivo único que debe buscarse; a lo que debe tenderse siempre es a proteger al menor y, por ello, habrá que valorar cada caso concreto teniendo en cuenta el principio, tantas veces repetido en esta materia, del interés superior del menor³⁵¹.

Para que se decida la repatriación del menor, habrá que asegurarse antes de que el mismo vaya a ser debidamente atendido en su país de origen, ya sea por su familia o por los servicios de protección de menores que allí existan. La valoración de si debe o no repatriarse al menor no debe ser reducida a comparar la calidad de vida en nuestro país con la que tendría en aquel del que proviene, ya que no es requisito, para no proceder a la repatriación, que el menor esté en peor situación con su familia y en su país que en España, ya que de lo que se trata es de garantizar unos mínimos, siendo lógico que el menor, si proviene de un ambiente humilde, se forme y se críe en el mismo, siempre que, claro está, se cumplan los mínimos de adecuado cuidado y manutención del menor.

La FGE, en su Instrucción 6/2004, señala que la repatriación no es un objetivo absoluto que deba perseguirse a toda costa, sino que deben tenerse en cuenta también otros intereses como la vida, la integridad física y psíquica o el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline, finalmente, en pro de la permanencia del mismo en nuestro país.

El Comité de los derechos del Niño, en su Observación General núm. 6³⁵², ha señalado que el retorno al país de origen no debe entrar en consideración si existe un riesgo razonable de traducirse en violación de derechos fundamentales del menor y, en particular, si es de aplicación el principio de la no devolución. Habrá de tenerse en

³⁵¹ *Vid.* art. 3 de la Convención de NNUU de 1989; punto 8.14 de la Carta Europea de los derechos del niño (b231 Resolución A3-0172/1992b231); art. 11.2 a) LOPJM, así como la jurisprudencia ya citada respecto a dicho principio.

³⁵² CRC/GC/2005/6. 1º de septiembre de 2005 (Comité de los Derechos del Niño: 39º período de sesiones de 17 de mayo a 3 de junio de 2005).

cuenta el interés superior del menor para valorar la conveniencia o no de su retorno al país de origen y deberá tenerse en cuenta, entre otras: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular, socioeconómicas, que va a encontrar el menor al volver a su país; la existencia de mecanismos aptos para una adecuada atención al menor; las opiniones manifestadas por el propio menor; el nivel de integración del menor en el país de acogida; así como el derecho del menor a preservar su identidad.

Las decisiones que se acuerden sobre la repatriación del menor se pueden recurrir por los trámites pertinentes del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La mencionada Instrucción 6/2004 de la FGE señala que no debe dudarse de la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones con apoyo en los arts. 3.7 EOMF y 8.2 LEC.

Como hemos ya apuntado, la regulación del procedimiento de repatriación era ciertamente escasa, estaba contenida únicamente en los arts. 35 LE y el 92 del anterior RE. La reforma operada en el mencionado precepto de la LE, con la LO 2/2009, ha afectado al procedimiento de repatriación, especialmente, al tema de la audiencia del menor en el mismo.

Actualmente, el nuevo RE ha supuesto un paso hacia adelante muy positivo en la regulación de este procedimiento, al que dedica sus arts. 191 a 195, donde se ocupa de la competencia para la incoación, tramitación y resolución del expediente de repatriación, de las fases del procedimiento (actuaciones informativas previas, petición de informes, alegaciones, prueba, informe del Fiscal, audiencia y resolución), así como de la ejecución de la misma si ésta finalmente se acuerda en la resolución final.

Sobre esta regulación podemos destacar, en primer lugar, cómo ha cambiado, respecto a la normativa anterior, la percepción de la finalidad y esencia de la repatriación. Esto es así en el sentido de que, anteriormente, la normativa configuraba esta institución como de incoación necesaria e imperativa (cosa distinta es lo que ocurriera después en la práctica), de modo que, constatada la presencia en España de un MENA, siempre debería intentarse la repatriación. Ésta podría resultar después procedente o no, pero siempre debería incoarse el correspondiente procedimiento con la finalidad de llevarse a cabo esa repatriación.

En la normativa actual se configura la repatriación como una posibilidad, pero no como el objetivo único. La incoación del procedimiento de repatriación ya no es necesaria en todo caso. Se da carta de naturaleza a las que se denominan como “*actuaciones informativas previas*”, que ya venían existiendo en la práctica y que consistirán en que, sin existir formalmente incoado un procedimiento de repatriación, se lleven a cabo una serie de gestiones e investigaciones para comprobar si procede o no iniciar el correspondiente procedimiento. De este modo, si de las citadas actuaciones se entiende que ya no va a ser procedente la repatriación, en cuyo caso no se va a incoar el expediente en cuestión para tal finalidad.

Estas actuaciones informativas previas serán realizadas por la Delegación o Subdelegación del Gobierno y consistirán, básicamente, en: lograr una plena identificación del menor, debiendo quedar concretada su fecha de nacimiento, identidad, país de origen y de procedencia, así como las circunstancias familiares; se ha de obtener información del menor en cuanto a su situación en su país de origen, la cual se solicitará de la representación diplomática correspondiente. En caso de que el país de origen del menor carezca de esa representación, la información se solicitará a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios; y es necesario recabar información de la situación en España del menor o cualquier otra que pueda ser relevante, que se solicitará a la Entidad pública que tutela al menor.

Sobre la investigación de la identificación y circunstancias del menor, señala el Protocolo de MENA de 14 de noviembre de 2005 que deberá presentarse al menor ante la Oficina Consular del país del que presumiblemente proceda para su identificación y localización de su familia o acreditación de que no es posible dicha identificación o el reagrupamiento familiar³⁵³.

Se trata, en definitiva, de obtener los informes necesarios sobre la situación del menor en nuestro país y en aquél del que procede, para conocer todas las circunstancias para valorar la procedencia de su retorno.

³⁵³ ARMENTEROS LEÓN, Miguel: “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, en *Diario La Ley*, núm. 7679, 2011, [LA LEY 13146/2011].

Desde nuestra perspectiva, volvemos a insistir en que la repatriación no siempre cubre las necesidades del menor no acompañado³⁵⁴, fundamentalmente, porque el país de origen suele ofrecer al menor unas condiciones de vida bastante negativas, carece de una red suficientemente fuerte de servicios sociales, lo que imposibilita la protección del menor.

En estos casos, a nuestro entender, sí es positivo mantener al menor tutelado por la Administración hasta que cumpla la mayoría de edad, y, a partir de ese momento,

³⁵⁴ Al respecto, resulta interesante la S. del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º. 1 de Cuenca de 30 de abril de 2007 (JUR 2008, 111686), que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cuenca de fecha 1-II-07, dejando sin efecto la repatriación acordada; Pronunciándose en el FJ. 2º en los siguientes términos: *“Establece el art. 35 Ley Extranjería, que la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares, o en su defecto, sobre su permanencia en España, términos éstos que son reiterados en el art. 92.4 Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 2393/04, aplicable al presente supuesto, precisándose en el mismo, que de acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Y en este párrafo citado es donde hay que residenciar la resolución de la presente cuestión litigiosa, esto es, en el principio del interés superior del menor vinculada, como ha venido manteniendo este Juzgador en anteriores resoluciones, así Sentencia n.º 199/04 de fecha 10-9-04, con el desarrollo de su personalidad en un ambiente digno y adecuado, que le permita independizarse y mantenerse con el fruto de su trabajo, a fin de llevar una vida digna como persona, es decir, para resolver sobre la procedencia de la repatriación acordada, no sólo habrá de valorar la posible existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, tal como dispone el art. 92.4 Reglamento Extranjería en su párrafo 5º, sino que habrá de valorar, como se ha referido, de acuerdo con el principio del interés superior del menor, que realmente se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar, vinculada dicha efectiva reagrupación familiar con la existencia de una ambiente digno y adecuado que le permita el desarrollo de su personalidad, esto es, que la misma suponga un beneficio claro para el desarrollo personal del actor. Y lo cierto es que de la documentación obrante en las actuaciones, en concreto, Informe de la Sección de Infancia y Menores de fecha 6-V-06 (folios 34 y 35 expediente) tal beneficio claro para el desarrollo personal del actor derivado de la concurrencia de las condiciones necesarias para una efectiva reagrupación familiar no queda acreditado.(...), además sin constancia de la concurrencia de unas condiciones mínimas que permitan el desarrollo personal del actor, desde la perspectiva del interés superior del mismo, que late en estos supuestos de repatriación, a pesar de las referencias que se hacen en el Informe citado, a ser demasiado joven para permanecer en España, apenas conocer el idioma y no contar con recursos personales apropiados para afrontar la emigración a un país extranjero, ni siquiera desvirtúa tal conclusión la testifical de Dª Estíbaliz, Técnico del Equipo de Menores, al considerar en base al criterio de dicho Equipo, formado por 4 Psicólogos y una Trabajadora Social (...), pues unas condiciones en este aspecto precarias, claro que pueden perjudicar gravemente dicho desarrollo psicoafectivo, (...), de ahí que se considere procedente en este momento, al no constar que se den las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del mismo, tal como recoge el art. 92.4, párrafo 1º Reglamento extranjería, ni que su familia de origen sea la pieza clave para que su desarrollo psicosocial y moral sea el adecuado, estimar el presente recurso y declarar la nulidad de la resolución impugnada, en cuanto acuerda la repatriación del recurrente, dejando sin efecto la misma, con las consecuencias previstas a tal efecto en el art. 92.5 Reglamento extranjería.*

Queremos precisar que las referencias que se hacen en esta Sentencia al Reglamento de Extranjería, no corresponden con el que actualmente se encuentra en vigor.

según su grado de integración, actuar en consecuencia³⁵⁵, puesto que la repatriación no puede constituir un fin en sí misma, sino que debe ser adecuada, y si el riesgo o peligro para la identidad del menor aunque sea potencial, deriva de cualquier situación de abandono o desamparo, se estaría hablando de vulneración del derecho fundamental a la integridad, por parte de la Administración, si se adopta la medida de repatriar a un menor sin verificar en el país de destino de esa deportación a través de los servicios sociales de allí que las condiciones del menor va a ser las adecuadas³⁵⁶. Por consiguiente, consideramos que ha de actuarse de la forma más beneficiosa para el menor, evitando, en la medida de lo posible, las repatriaciones que no ofrezcan garantías al menor, aun cuando se haya localizado a la familia de origen.

La Resolución 66/141 “Derecho del Niño”, aprobada por la Asamblea General de NNUU el 19 de diciembre de 2011³⁵⁷, recoge en su art. 17 que todos los Estados deben promover y proteger los derechos humanos de todos los niños en situaciones particularmente difíciles, aplicando programas y medidas que les proporcionen la asistencia y protección necesarias. Y del mismo modo, “*cuando proceda y sea factible*” deben aplicar “*programas de repatriación voluntaria, reintegración, localización y reunificación de la familia, en particular en el caso de los niños no acompañado*”, exhortando a los Estados, a que velen por el interés superior del niño, anteponiéndolo ante cualquier otro.

Especialmente complejo resulta el caso de las repatriaciones de las niñas a sus países de origen. Desde nuestro punto de vista, en líneas generales, es absolutamente desaconsejable, teniendo en cuenta, en primer lugar, las diferencias culturales que se

³⁵⁵ La Instrucción 6/2004 de la FGE recoge en el punto 5º que “*debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país. Sigue esta Circular recogiendo que “la decisión sobre el retorno del menor a su país de origen o de residencia de sus familiares o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado, por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2ª) CE. Sin perjuicio de ello, deben informar previamente –en razón también de su propia competencia en la materia- los servicios de protección de menores. El fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada los intereses del menor”.*

³⁵⁶ En este sentido, LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel/MONROY ARAMBARI, Beatriz: “Los menores extranjeros no acompañados”, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 189.

³⁵⁷ A/RES/66/141.

dan entre los países de origen y los de destino, lo que hace que las niñas estén especialmente expuestas a diversas formas de violencia y corren un mayor riesgo de padecerlas. Pese a que se reconoce por parte de NNUU que se han logrado progresos en cuanto a la aprobación de normas, por parte de los distintos Estados, que afirman la igualdad entre los niños y las niñas, sin embargo, parece que no se han adoptado las medidas correspondientes para aplicar efectivamente tales normativas, puesto que en los medios de comunicación nos asaltan diariamente noticias en las que se pone de manifiesto, cómo aún sigue existiendo discriminación en determinados países. Y el mayor problema se encuentra en que, de todas las formas de ejercicio de violencia que puedan ejercerse sobre los niños, afectan en mucha mayor medida a las niñas, y lo hacen de forma desproporcionada, como ocurre con la explotación sexual con fines comerciales, el matrimonio forzoso, la violación, los abusos sexuales, trata de personas, mutilación genital, matrimonios forzosos, selección prenatal de sexo, sobrecarga de responsabilidades en el ámbito doméstico, etc. En definitiva, las niñas deben ser objeto de especial atención³⁵⁸.

Por supuesto, es altamente tranquilizador el esfuerzo de la NNUU, que trabaja en ello intensamente. La Asamblea General de NNUU aprobó el 18 de diciembre de 2013, la Resolución A/RES/68/146, la cual reafirmando en la Resolución 66/140 de 19 de diciembre de 2011, y en el resto relativas a las niñas, exhorta a los Estados y a la comunidad internacional a que creen las condiciones propicias para garantizar el bienestar de la niña, entre otras cosas, cooperando, prestando asistencia y participando en las iniciativas mundiales para la erradicación de la pobreza, a nivel mundial, regional y nacional, ante la necesidad de una mayor disponibilidad y asignación eficaz de los recursos en todos los niveles, a fin de asegurar la consecución en el plazo previsto de todas las metas acordadas internacionalmente en materia de desarrollo y erradicación de la pobreza, incluidas las establecidas en la Declaración del Milenio³⁵⁹.

³⁵⁸ La Resolución aprobada por la Asamblea General de NNUU el 19 de diciembre de 2011, que lleva por título “La Niña” (A/RES/66/140), aborda, en el Preámbulo, la especial vulneración a la que están sometidas las niñas. En este sentido, a lo largo de sus 50 artículos, insta a toda la comunidad internacional a crear unas condiciones adecuadas para garantizar el bienestar de las niñas mediante la utilización de los recursos adecuados tendentes a lograr el reconocimiento de todos los derechos recogidos en la Convención de los Derechos del Niño.

³⁵⁹ Aprobada por la Asamblea General NNUU el año 2000, en la Resolución A/55/2.

Esta preocupación de NNUU por las niñas vuelve a quedar patente en el 69º periodo de sesiones, en el cual, el 18 de diciembre de 2014, ha aprobado las Resoluciones A/RES/69/147 relativa a la violencia contra las mujeres y las niñas, la A/RES/69/149 relativa la trata de mujeres y niñas y la A/RES/69/156, en relación al matrimonio precoz, lo cual afecta sobremanera a las niñas en determinados países de Oriente. Para NNUU, las inversiones que se realicen en los niños, en particular, en las niñas y las metas que se consigan en la realización de sus derechos, constituye una de las fórmulas más eficaces para erradicar la pobreza y, por este motivo, según establece la A/RES/68/146, han de recibir la debida consideración en la elaboración de la agenda para el desarrollo después de 2015. Al respecto, quisiéramos apuntar que el pasado 18 de diciembre de 2014 se ha aprobado la última Resolución A/RES/69/157, relativa a los derechos del Niño.

Pero aun teniendo en cuenta los objetivos marcados por NNUU, la situación actual resulta bastante dramática y más en unos países que en otros.

Por consiguiente, en el caso de las repatriaciones de las niñas, nos mostramos absolutamente contrarios y entendemos que deben evitarse a la menor sospecha de que la menor puede entrar en situación de riesgo en caso de ser repatriada. Por ello, debe respetarse el principio de no devolución que quedó recogido por el Comité de los Derechos del Niño de NNUU³⁶⁰, que en su Recomendación 6 de 2005, párrafo 27 afirma que *“en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor (...). La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”*.

³⁶⁰ CRC/GC/2005/6. 1º de septiembre de 2005. Convención sobre los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2006), párrafo 27.

3.5.1.- El procedimiento de repatriación

La incoación del procedimiento de repatriación se lleva a cabo a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, según dispone el art. 191.1 RE, que son los Centros directivos competentes para realizar los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, previstos en el art. 35 LE, y en los Acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia. La competencia atribuida a la Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno incluirá la práctica de las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento regulado en el citado precepto³⁶¹.

El Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación (art. 192.1 RE) del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el art. 191 RE, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. La incoación del procedimiento deberá grabarse en la aplicación informática correspondiente. En el acuerdo de iniciación se hará constar expresamente la identidad del menor y la

³⁶¹ El procedimiento de incoación de un expediente de repatriación se llevará a cabo en los siguientes términos, tal como recoge el art. 191 RE, en los apartados siguientes: 2. Se considerará Delegación o Subdelegación del Gobierno competente (para incoar el expediente) aquella en cuyo territorio se halle el domicilio del menor. El Centro directivo que inicie el procedimiento lo comunicará a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia donde esté ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, cuando su domicilio no coincida con el del menor. 3. La Delegación o Subdelegación del Gobierno solicitará, través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste. En caso de que dicho país no cuente con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. De cada solicitud y actuaciones posteriores se dará cuenta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios. 4. Sin perjuicio del informe reseñado en el apartado anterior, la Delegación o Subdelegación del Gobierno requerirá de la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda cualquier información sobre la situación del menor. Dicha información será igualmente requerida a la Administración autonómica del territorio en el que el menor tenga su domicilio, así como a aquella donde está ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. 5. La solicitud de informe responderá a un modelo tipo, a elaborar conjuntamente por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración y de Seguridad. Se solicitarán, entre otros datos, los relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen. En la solicitud de informe se hará constar la necesidad de que, de decidir la representación diplomática del país de origen sustituir la información sobre la familia por la relativa a sus servicios de protección del menor, la contestación refleje expresamente el compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor.

existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen. El acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. Asimismo, cualquier actuación o incidencia que se produzca en el curso de procedimiento será comunicada al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible. Y al mismo tiempo, el menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español.

Una vez que se ha comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento (art. 193 RE) se iniciará un periodo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, en el que el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados³⁶².

Tras la incorporación al expediente de los informes mencionados en los arts. 190 y 191 RE y, en su caso, el resultado de la prueba practicada, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dará inicio al trámite de audiencia (art. 194). La audiencia se documentará en acta, que será suscrita por los presentes y a la que se incorporarán como anexo cuantos documentos y justificantes se aporten. Y una vez realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España. Esta resolución, que pondrá fin a la vía administrativa, será grabada en la aplicación

³⁶² Si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. No obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente. Corresponderá al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor.

informática correspondiente para su constancia en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados y será notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante, al tutor del menor y al Ministerio Fiscal, se establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen³⁶³.

En cuanto a la ejecución de la repatriación, sin perjuicio de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de la resolución, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen (art. 195 RE).

Este procedimiento debe cumplirse de forma escrupulosa, conjugando los dos principios esenciales que lo inspiran: el del interés superior del menor y el de reagrupación familiar. No debe caerse en el error de valorar otros elementos externos para tomar una decisión, como puede ser el aumento del fenómeno de la inmigración o la sobreocupación de los centros de menores. Es muy importante aquí la labor del Ministerio Fiscal que, como defensor de los derechos de los menores, deberá oponerse y ejercitar las acciones pertinentes cuando considere que no se están cumpliendo todas las garantías exigidas. En este sentido, la FGE señala, en su Circular 2/2006, que deberá tenerse especialmente presente el derecho del menor a ser oído, debiendo recordarse que el mencionado derecho forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva sin indefensión, derecho que ostentan todos los menores desde el momento en el que tienen suficiente juicio. Se establece en esta Circular que la comunicación que se reciba en la Fiscalía en relación con el inicio de las actuaciones del procedimiento de repatriación, deberá llevar a la incoación de unas Diligencias, con fundamento en el art. 5 EOMF, que permite la tramitación de Diligencias preprocesales para facilitar al Fiscal el efectivo cumplimiento de las funciones que tiene legalmente atribuidas. Desde diversas asociaciones y entidades se han presentado quejas y denuncias ante el Defensor del Pueblo, respecto a presuntos incumplimientos en este procedimiento, alegándose, entre

³⁶³ En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar, de acuerdo con lo previstos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

otras consideraciones, el prescindir del trámite de audiencia al menor que viene impuesto por la normativa específica en la materia y por la genérica en materia de protección de menores (art. 9 LOPJM)³⁶⁴.

Por último, mencionar que si el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta, estará condicionada a la autorización judicial. Pero sea cual fuere el caso, siempre deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal³⁶⁵.

En el supuesto que haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y siempre que hayan transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el art. 35.7 LE, en los términos que dispone el art. 196 RE.

En cuyo caso, la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará de oficio, o a instancia de un superior, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.

Iniciado este procedimiento, la Oficina de Extranjería comunicará al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores bajo cuya tutela o custodia, se encuentre, requiriéndole a su vez que se aporte la siguiente documentación: a) Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del menor. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción del menor, en vigor; b) Documento acreditativo de que la persona física que interviene en el procedimiento tiene competencia para ello como representante del servicio de protección de menores; c) Documento acreditativo de la relación de tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, entre el menor y el servicio de protección de menores. (Estos mismos documentos se deberán aportar también, junto a la solicitud, en el caso que este procedimiento se iniciare a instancia de

³⁶⁴ ARMENTEROS LEÓN: “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, cit., [LA LEY 13146/2011].

³⁶⁵ La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.

parte).

Una vez completado el expediente, la Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá sobre el procedimiento, y finalmente notificará la resolución al menor en el plazo máximo de un mes. Esta resolución ha de comunicarse al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días desde que se dicte. Por último, en el plazo de un mes contado desde que se notificó al menor la resolución, el representante del MENA deberá solicitarle personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

El permiso de residencia tendrá una vigencia de un año, retro trayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se acordó la puesta a disposición del menor al servicio de protección de menores³⁶⁶.

Cuando no haya sido posible la repatriación, cabe la posibilidad de que, los menores sobre los que un servicio de protección tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, alcancen la mayoría de edad. En este caso hay que distinguir, dos supuestos. Uno, que estos menores sean titulares de una autorización de residencia. Dos, que no lo sean.

En los casos en que se dé el primer supuesto, es decir, que siendo titulares de una autorización de residencia conforme al art. 35.7 LE (art. 197 RE), su titular podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo, prorrogará la validez de la autorización de residencia anterior hasta la resolución del procedimiento de renovación.

El procedimiento para la renovación, es similar al seguido para renovar una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, conforme a lo cual se debe acreditar, en primer lugar, que cuenta con los medios económicos mínimos establecidos

³⁶⁶ El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

para su sostenimiento³⁶⁷. También podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el art. 35.9 LE. Y se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos: a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección. b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado. c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes. d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española. e) La continuidad en los estudios. f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo. g) La participación en itinerarios de formación.

La vigencia de la autorización renovada será de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

En el segundo de los casos, regulado en el art. 198 RE, cuando los menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, guarda, custodia, alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el art. 196 RE, pero hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la Entidad protectora para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

La solicitud de autorización la presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años, adjuntándole a la misma recomendación. E igualmente, habrá de acreditar, alternativamente los mismos requisitos que se han citado para la renovación, que cuenta con contratos de trabajo vigentes, o reúne las premisas establecidas para el ejercicio de una actividad por cuenta propia. Tanto en un caso como en otro se le requiere que el proyecto laboral tenga una expectativa de rentabilidad

³⁶⁷ Se requiere un cantidad mínima que represente mensualmente el 100% del IPREM (Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples).

mínima, a fin de garantizarle los gastos de manutención y alojamiento³⁶⁸. Y en caso de que se conceda la autorización en base a lo anterior, esta de residencia, conllevará también una autorización de trabajo, condicionándose su vigencia a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

Finalmente, cabe señalar que en el marco del procedimiento, tanto en el caso del art. 197 como en el del 198 RE, se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española.

Volviendo al planteamiento teórico del procedimiento, señalamos que la resolución que pondrá fin a la vía administrativa, será grabada en la aplicación informática correspondiente para su constancia en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados y será notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante, al tutor del menor y al Ministerio Fiscal, se establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen³⁶⁹.

En el supuesto que haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y siempre que hayan transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el art. 35.7 LE, en los términos que dispone el art. 196 RE. La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia. La Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá sobre el procedimiento y notificará la resolución al menor en el plazo máximo de un mes. La resolución será comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días desde que se dicte. Este permiso de residencia tendrá una vigencia de un año, retrotrayéndose

³⁶⁸ El mínimo que se establece, igual que para el supuesto del art. 197 RE, es el que represente IPREM mensual establecido para el año corriente.

³⁶⁹ En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar, de acuerdo con lo previstos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores³⁷⁰.

Por último, abordamos el acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado, a la que puede acceder desde dos situaciones diferentes, es decir, cuando es titular de una autorización de residencia, y cuando no lo es (arts. 197 y 198 RE). En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia concedida en base al artículo anterior, su titular podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el art. 196 RE y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

La tramitación de estos expedientes debe ser preferente; atendiendo siempre al interés superior del menor, se debe establecer un procedimiento rápido para la concesión del permiso de residencia evitando dilaciones innecesarias que llevan aparejada una situación de irregularidad. La competencia en este aspecto es exclusiva del Gobierno Central, para el cual debe ser suficiente la declaración de desamparo para extender la documentación correspondiente. El acceso a la residencia regular tiene una importancia capital al efecto de posibilitar la legalización del menor en España, una vez que adquiera la mayoría de edad.

³⁷⁰ El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

3.5.2.- La importancia del trámite de audiencia en el proceso de repatriación

Para concluir, hemos creído interesante hacer hincapié en el trámite de audiencia, recogido en el art. 194 RE³⁷¹, al que ya se ha hecho mención, y conforme a este precepto ha de garantizarse la presencia del menor que tuviera juicio suficiente, en el procedimiento de repatriación, para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación, debiéndose convocar para esta declaración tanto al Ministerio Fiscal, al tutor y, en su caso, al defensor judicial o al representante designado por el menor.

Resulta evidente que el menor de edad tiene unas condiciones de inmadurez que le afectan física, psicológica y socialmente. Esas condiciones le impiden valerse por sí mismo y al mismo tiempo generan que el Ordenamiento le brinde una protección jurídica especial.

El art. 9 LOPJM ha establecido que el derecho del menor a ser oído se deberá ejercitar tanto en el ámbito familiar como administrativo o judicial en el que esté directamente implicado el menor, o en todas aquellas cuestiones que puedan afectarle. Y en relación con el ámbito administrativo, hay que tener en cuenta que el art. 84 de la LRJAPyPAC también contempla la posibilidad que como parte interesada, pueda examinar el expediente y hacer alegaciones, si bien técnicamente es más un derecho de personación que de audiencia. Pero en los procedimientos relativos a la protección del

³⁷¹ Según el art. 194 RE, “1. Tras la incorporación al expediente de los informes mencionados en los artículos 190 y 191 y, en su caso, el resultado de la prueba practicada, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dará inicio al trámite de audiencia. En dicho trámite se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación. Al trámite de audiencia serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor. La audiencia se documentará en acta, que será suscrita por los presentes y a la que se incorporarán como anexo cuantos documentos y justificantes se aporten; 2. Realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España. La resolución establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen. La resolución pondrá fin a la vía administrativa y será grabada en la aplicación informática correspondiente para su constancia en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Será notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante. En el mismo plazo, será comunicada al tutor del menor y al Ministerio Fiscal. En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar, de acuerdo con lo previstos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa; 3. El plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento”.

menor, a partir de la LOPJM, es importante la opinión del menor de cara a poder tomar la decisión más adecuada a su interés³⁷².

Lamentablemente, en la práctica, los expedientes administrativos de repatriación suelen presentar irregularidades, siendo la más común intentar eludir este requisito, con lo cual se vulnera, a su vez, el derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia del TC. ha reiterado el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de NNUU de 1989 y, en nuestro Ordenamiento, en el art. 9 LOPJM (STC. 22/2008)³⁷³. Cabe citar, además, el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en que se establece que los *“niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez”*.

En la STC. de 22 de diciembre de 2008³⁷⁴, que otorga el amparo solicitado por un ciudadano de nacionalidad marroquí, menor no acompañado, reconociéndole su derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal pone de relieve que la repatriación de menores es, obviamente, uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar de los mismos. A tal efecto, resulta especialmente relevante lo dicho en el ATC de 17 de septiembre de 2007³⁷⁵ con respecto a un supuesto similar: *“nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya de juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído... Por esta razón, es claro que el Juzgado debió de otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía, SSTC 221/2002 y 152/2005”*. Tomando lo anterior como base, la Sala Primera del TC., concluye manifestando que *“con mayor razón, por ser en muchos casos su presupuesto lógico,*

³⁷² RODA Y RODA: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, cit., págs. 217 a 219.

³⁷³ STC. de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008, 22).

³⁷⁴ STC. de 31 de enero de 2008 (RTC 2008, 183).

³⁷⁵ ATC. de 17 de septiembre de 2007 (RTC 2007, 372).

también forma parte del contenido esencial del artículo 24.ICE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal”³⁷⁶.

Ahora bien, el problema mayor que suele surgir es la ausencia de notificaciones una vez que se decreta la tutela *ex lege* del MENA, con la consiguiente indefensión que ello representa para el menor.

En relación a esta cuestión, hemos creído interesante examinar la STSJ. del País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª), de 14 de febrero de 2008³⁷⁷, sobre la ejecución material de la repatriación de un menor de edad no acompañado, sin llegar a notificar previamente la resolución que constituye el título habilitante, lo que impide al menor alzarse por vía jurisdiccional contra la resolución e implica la ausencia de trámite de audiencia antes de la resolución, vulnerándose los derechos fundamentales del menor, cuyo fallo estima el recurso interpuesto.

En el caso concreto, el abogado del menor interpone recurso apelación contra la sentencia por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, inicialmente, por los cauces del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra la actuación realizada por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, la cual se encaminaba a la ejecución de la Resolución de 2 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Barcelona por la que, a instancias del propio órgano de tutela, es decir, la Entidad protectora del menor, se dispuso la repatriación del niño a su país de origen y se encomendó su materialización a la Jefatura Superior de Policía.

La sentencia apelada acoge el planteamiento del Abogado del Estado y declara la inadmisibilidad del recurso al entender que *“no ha existido vulneración alguna de derechos fundamentales invocados por el recurrente, razonando que la resolución de 2 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Barcelona presta cobertura jurídica a las actuaciones materiales impugnadas por el recurrente sin que se aprecie vicio*

³⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La inmigración irregular de menores y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010, núm. 3 [BIB 2010\1096].

³⁷⁷ JUR 2008, 174126.

alguno que pueda determinar su nulidad". Razona la sentencia recurrida que *"el menor se hallaba sometido a la tutela de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, órgano que instó la repatriación tras oír al menor y tras haber realizado las gestiones correspondientes para localizar a sus familiares y comunicado todo ello al Ministerio Fiscal"*. La sentencia reconoce que no consta la notificación en legal forma de la resolución que ordena la repatriación pero argumenta que *"ello no tiene mayor consecuencia que la obligación de hacerlo sin que afecte a la validez del acto administrativo"*.

Esta sentencia se recurre en apelación, alegando el recurrente que en la demanda deducida al iniciar el procedimiento, invocó *"la vulneración de los arts. 15, 24.1 y 2, y 27 de la Constitución"*. En el recurso acreditó las consecuencias de tales vulneraciones, señalando que la limitación real de las garantías legales conducía, finalmente, a la imposibilidad de que el menor recurra en plazo la resolución que ordenaba su repatriación, lo que terminó *"provocando su huida del centro de acogida con riesgo para su integridad e interrupción del proceso educativo"*.

Según el apelante, la Resolución de 2 de mayo de 2005 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona no prestaba cobertura jurídica a la actuación administrativa de ejecución material de la repatriación y ello porque, a su entender, dicha resolución no se adoptó guiada por el principio de agrupación familiar e interés superior del menor, la Administración tampoco constató las condiciones para la repatriación, y por qué no se dio audiencia al menor: *"niega que, el hecho de que en la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, órgano de tutela, diga que se dio audiencia al menor, lo acredite por sí mismo, por tratarse de meras manifestaciones del órgano contradichas por el propio interesado"*.

A su juicio, la audiencia del menor ha de producirse con las garantías precisas, entre otras, con la asistencia letrada, al existir conflicto de intereses entre el menor y el órgano de tutela, de conformidad con lo previsto por el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, defendiendo que la falta de audiencia del menor en el procedimiento de repatriación determina la nulidad del acto administrativo por infracción del art. 24.1

CE tal como lo declaran las SSTC. de 25 de noviembre de 2002 y 6 de junio de 2005³⁷⁸. Y, además, critica *“la sentencia en cuanto razona que la falta de notificación de la resolución de repatriación constituye un mero vicio formal, cuando en realidad conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y causa indefensión”*.

Dejando a un lado la cuestión procesal que se aborda en esta Sentencia sobre el procedimiento elegido como cauce, y centrándonos en la cuestión relativa a la actividad de la Administración, en primer lugar, hemos de afirmar que, tal como se recoge en el FJ. 2º de la misma, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico se está ante una actuación absolutamente contraria a Derecho, según dispone el art. 93 LRJAPyPAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno Derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 LRJAPyPAC.

En el supuesto de autos, el menor recurrente calificó la actuación material dirigida a su aprehensión y ejecución de la repatriación como vía de hecho, puesto que la orden de repatriación había sido dictada sin su audiencia previa, no obedecía a los criterios esenciales para acordarla, entre ellos, al del interés del menor. Y, finalmente, por no haberle sido notificada. Según la Sala, *“la falta de notificación de la resolución que, conforme al art. 93 LRJAPyPAC, constituye el título habilitante de cualquier acto de ejecución, no convierte los actos de ejecución en vía de hecho, puesto que como dice la Sentencia apelada, la falta de notificación del acto no compromete su validez sino su eficacia, y presumiéndose válido el acto legitimador no cabe concluir que los actos de ejecución sean completamente ajenos al derecho. Ello no obstante, la falta de notificación de la resolución sí tiene relevancia, según se analizará en el fundamento jurídico siguiente, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del menor objeto del procedimiento de repatriación, puesto que la ejecución material de la repatriación sin la notificación de la resolución habilitante impide que el menor*

³⁷⁸ RTC 2002, 221 y RTC 2005, 152.

reaccione jurídicamente contra ella sometiéndola a control de la jurisdicción contencioso-administrativa”, limitándose, de este modo, el derecho a la defensa.

Y según el Tribunal “*tampoco caracteriza la actuación ejecutiva recurrida como vía de hecho, el que la resolución habilitante sea anulable por incurrir en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico (art.63 LRJAPyPAC), sino únicamente cuando incida en los supuestos más graves de nulidad radical o de pleno derecho, que suponen su anulación ex tunc (art. 62.1 LRJAPyPAC). Sin embargo, la falta de audiencia del menor en el procedimiento de repatriación de menores extranjeros no acompañados (arts. 35.3 LO 4/00 y 92 de su Reglamento) sí resulta relevante puesto que constituye una infracción del procedimiento que constituye un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto por el art.62.1.e) LRJAPyPAC”.* Asimismo, dicha infracción lesiona los derechos a obtener la tutela judicial efectiva y a la defensa (art. 24.1 y 2 CE) invocados por el recurrente, por lo que, además, incurre en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista por el art. 62.1.a) LRJAPyPAC. Termina por aplicar la STC. (Sala 1ª) de 6 de junio de 2005, la cual recoge textualmente lo siguiente: “*nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de NNUU de 1989, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre³⁷⁹, por las razones que se expresan en su Fundamento Jurídico 5º”.*

³⁷⁹ RTC 2002, 221.

En definitiva, como se ha podido observar, la importancia de notificar la resolución de repatriación, con la correspondiente audiencia la menor, adquiere una relevancia absoluta en estos procedimientos, puesto que, de lo contrario, da lugar a la nulidad del procedimiento.

TEMA 3:
EL PROCEDIMIENTO DE DESAMPARO. LA FASE
ADMINISTRATIVA

SUMARIO

I.- LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO

1.1.- El procedimiento administrativo para declarar el desamparo: tramitación y garantías

1.2.- Naturaleza, requisitos y estructura de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor. En particular, la importancia de su motivación

1.3.- La notificación de la resolución de desamparo y las consecuencias jurídicas derivadas de su omisión

1.4.- La ejecución de la resolución administrativa de desamparo y su problemática. En especial, la resistencia a la entrada en el domicilio para hacer efectiva la medida de protección acordada

II.- EFECTOS INMEDIATOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

III.- EL RÉGIMEN DE LAS RELACIONES PERSONALES TRAS LA DECLARACIÓN DEL DESAMPARO. EL RÉGIMEN DE VISITAS DEL MENOR BAJO LA TUTELA *EX LEGE* DE LA ADMINISTRACIÓN

----- O -----

Nota introductoria: La resolución administrativa de desamparo es el documento declarativo de dicha situación fáctica que supone la constitución de la tutela *ex lege*, con la consiguiente suspensión del ejercicio de la guarda a los padres o tutores. Se trata de un documento de vital importancia, en tanto que supone el inicio de la actividad protectora de la Entidad pública. En el presente tema tratamos de concretar la naturaleza, los requisitos y el significado de la resolución administrativa de desamparo, con el fin de apreciar la magnitud de su importancia en el sistema de protección de menores. Analizamos, pues, el desamparo en su fase administrativa, describiendo pormenorizadamente el procedimiento mediante el cual se dicta la resolución que declara dicha situación y centrándonos, por ser nuestro ámbito profesional, en su regulación en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

I.- LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO

1.1.- El procedimiento administrativo para declarar el desamparo: tramitación y garantías

La fase inicial del proceso de desamparo compete a la correspondiente Entidad pública correspondiente, por consiguiente, no es judicial. La Administración, en la medida que actúa como poder público, debe dictar la resolución administrativa de desamparo a través del procedimiento *ad hoc* legalmente establecido. Si tras las comprobaciones iniciales oportunas, la Administración considera que un menor podría encontrarse en situación de desamparo, deberá incoar y tramitar el oportuno procedimiento administrativo para conocer su efectiva situación.

Como ya se apuntó en el Tema anterior, en líneas generales, el procedimiento al que ha de ajustarse la Entidad administrativa para la declaración del desamparo y la consiguiente constitución de tutela habrá de acomodarse a las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de que se trate, las cuales se someten a la previsión general contenida en la LOPJM (en concreto, en sus arts. 12 a 22). De este modo, al ser las CCAA las que tienen atribuida las competencias en materia de protección de menores, son sus correspondientes Entidades las encargadas de emitir la correspondiente resolución que decreta la situación de desamparo.

Por tratarse de nuestro ámbito profesional, pasamos a desarrollar el procedimiento de desamparo en Andalucía, sin perjuicio de las alusiones que haremos a otras legislaciones autonómicas, resultándonos imposible abordar el estudio en profundidad de todas y cada una de ellas.

Nuestra Comunidad autónoma, en el ejercicio de las competencias asumidas en el art. 13, apartados 22º y 23º de su Estatuto de Autonomía, aprobó la Ley 1/1998, de 20 de abril de los Derechos y la Atención al Menor, en la que se reguló, de conformidad con la legislación civil, el desamparo, la tutela y la guarda administrativa, como instrumentos de protección de los derechos de los menores. Considerándose necesario proceder al desarrollo reglamentario de dichos mecanismos de protección al objeto de establecer procedimientos que garantizaran la efectividad de los derechos de los menores, se promulgó el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de Régimen de Desamparo,

Tutela y Guarda administrativa³⁸⁰, en cuyos arts. 21 a 31 desarrolla el procedimiento de desamparo, el cual, resulta similar a lo establecido en los arts. 68 a 89 LRJAPyPAC.

Es la Junta de Andalucía la Entidad que asume la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tal como reconoce el art. 23.1 de la Ley 1/1998.

En su EM., el citado Decreto establece, como criterio prioritario, que las resoluciones que hayan de adoptarse en los diversos procedimientos de protección no se tomen prescindiendo de la intervención de los menores, sino teniendo en cuenta su opinión, porque éstos, antes que meros sujetos pasivos de la actuación administrativa, deben ser reconocidos como auténticos partícipes y protagonistas de cuantas decisiones afecten a su situación personal, familiar y social.

El derecho del menor a ser oído, como ya se ha mencionado, lo encontramos regulado en el ámbito jurídico internacional, en diversas normativas que sistematizan las relaciones familiares en sus múltiples facetas. El art. 12 de la Convención de NNUU de 1989 reconoce al niño el derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en los asuntos que le afectan y también se reconoce en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE³⁸¹. En el Ordenamiento jurídico comunitario se constituye como una premisa indiscutible y obligatoria, con las salvedades referentes al perjuicio para el menor o a su falta de madurez³⁸².

El Decreto andaluz pone de manifiesto que, aun cuando el interés del menor es la razón de ser de los procedimientos de protección que se regulan en dicha norma, no obvia los derechos que asisten a los padres en relación con sus hijos, de forma que las limitaciones que se impongan sobre los mismos han de encontrar una fundamentación razonable. Por ello, en tales procedimientos cobra especial relevancia, a fin de garantizar que no puedan producirse situaciones de indefensión, la información a los padres, la posibilidad de éstos de realizar alegaciones y pruebas con el conveniente

³⁸⁰ BOJA núm. 20, de 16 de febrero de 2002.

³⁸¹ Art. 24.1 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales: “*Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez*”.

³⁸² Vid. RODA y RODA: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, cit., págs. 216 y 217, quien trae a colación las modificaciones introducidas por la ley 13/2009, de 3 de noviembre a la Ley 15/2005, que reformó el art. 92.6 C.c. y al art. 770.4 LEC.

asesoramiento jurídico y la práctica de una audiencia previa a la adopción de la resolución administrativa. No obstante, se prevé una declaración provisional de desamparo para el desarrollo de una actuación administrativa de carácter inmediato en los casos en que se halle en grave riesgo la integridad física o psíquica del menor.

El Decreto andaluz distingue entre situación de desprotección, situación de riesgo y desamparo, regula el procedimiento administrativo de declaración de desamparo (sus fases son: trámite de investigación previa, incoación del expediente, evacuación de informes, trámite de audiencia, periodo probatorio, resolución motivada de desamparo y notificación de la misma³⁸³) y, seguidamente, aborda la declaración provisional de desamparo y el procedimiento a aplicar.

En primer lugar, comienza el art. 18 del Decreto abordando la situación de desprotección en que se hallen los menores y cómo ello da lugar a la inmediata intervención de la Administración de la Junta de Andalucía, a fin de prestarles la atención que precisen.

En el caso que dicha situación de desprotección se deba a la pérdida temporal de contacto de los menores con sus padres o representantes legales, la Administración realizará las gestiones oportunas para comunicarles la situación en que aquéllos se encuentran. En estos casos, no procederá la declaración de desamparo hasta que no se verifique que dicha situación viene provocada por el incumplimiento por los padres o representantes legales de los deberes que la Ley les asigna. También se contempla la situación de los menores extranjeros que se encuentren en nuestro territorio en situación de desprotección, en cuyo caso se recabará la colaboración de la Autoridad consular del Estado del que sean nacionales.

Seguidamente, en su art. 19, trata las situaciones de riesgo. Así, según el citado precepto, cuando se detecte la existencia de circunstancias que impliquen un riesgo para el desarrollo personal o social de los menores, la Administración de la Junta de Andalucía y la local colaborarán utilizando los recursos disponibles para evitar que se produzca la situación de desamparo, promoviendo, en su caso, un cambio positivo y

³⁸³ Para un recorrido por los trámites procedimentales que, en líneas generales, han de seguir los servicios sociales de las CCAA. en los expedientes administrativos de desamparo, *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: “Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad”, en *Diario La Ley*, núm. 6121, 2004 [LA LEY 2375/2004].

suficiente en el comportamiento y actitud de los padres, tutores o guardadores.

Por último, el art. 20 regula el desamparo, y lo hace remitiéndose a lo dispuesto en el apartado 1º del art. 172 C.c., repitiendo, literalmente, el párrafo segundo del mismo. Dicho precepto establece que la situación de desamparo habrá de ser declarada por el órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía, ponderando la concurrencia de los supuestos previstos en el apartado 1º del art. 23 de la citada Ley 1/1998³⁸⁴, la existencia de otros factores que incidan sobre el grado de atención recibido por los menores y el carácter permanente o transitorio de los mismos.

Ha de advertirse que para valorar el alcance del procedimiento de desamparo es necesario tener siempre presente que la declaración administrativa de desamparo viene originada por una situación fáctica previa al inicio de aquél, como se pone de manifiesto en el art. 21 del Decreto. En base a ello, con anterioridad al inicio del procedimiento que culmine con el dictado de la resolución de desamparo, el órgano competente de la Junta de Andalucía podrá ordenar la práctica de una información previa, a fin de determinar la existencia de indicios de desasistencia de los menores que justifiquen tal iniciación. En el caso de detectarse la concurrencia de circunstancias que pudiera motivar otra intervención administrativa, se comunicará a los órganos competentes. Es evidente que

³⁸⁴ Art. 23 de la Ley 1/1998:

“1. Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones públicas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes:

- a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia.*
- b) Ausencia de escolarización habitual del menor.*
- c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.*
- d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.*
- e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.*
- f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.*
- g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.*
- h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.*
- i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor”.*

si de las averiguaciones realizadas no se apreciase ningún indicio de desasistencia, se procederá al archivo de las actuaciones emprendidas.

En nuestra opinión, la tramitación de la información previa al expediente administrativo reviste una especial relevancia. En este sentido, la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que dedica su art. 106 al procedimiento de desamparo, en su apartado 1º establece que en el momento en que se tiene conocimiento de que uno niño o adolescente puede encontrarse en situación de desamparo, el departamento competente en materia de protección de los menores desamparados debe incoar el expediente de desamparo. Antes del acuerdo de iniciación, el órgano competente puede abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Dicho procedimiento de desamparo es desarrollado reglamentariamente por el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de protección de los menores desamparados de la adopción³⁸⁵, el cual, en su art. 9.1º, establece que los equipos técnicos competentes valorarán razonadamente la existencia de factores de riesgo social que justifiquen la apreciación de la situación de desamparo y, si es necesario, propondrán esta declaración, si bien no hace alusión directa a la fase previa, como sí, en cambio, en la legislación andaluza.

Como puede comprobarse el propio procedimiento de declaración de desamparo se encamina a esclarecer si realmente existe o no la situación de desasistencia moral o material de los menores en su entorno de origen, como tendremos ocasión de ver más adelante. Así las cosas, si la fase previa a la incoación del expediente trata de averiguar dicha situación, podría considerarse algo superfluo, pues, de alguna manera, invade el objeto del propio procedimiento administrativo. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el que se introduzca dicho presupuesto en la norma autonómica debe considerarse positivo³⁸⁶, si se interpreta como un modo de evitar la toma de decisiones precipitadas por parte de la Administración ante unos indicios de desatención, a la vez que se inicia

³⁸⁵ DOGC núm. 2307, de 13 de enero de 1997.

³⁸⁶ En el mismo sentido, LÓPEZ AZCONA: “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, cit., pág. 1062, para quien la previsión de dicho trámite de investigación previa a la incoación del expediente de declaración de desamparo es sumamente acertada.

ya la intervención administrativa sobre el entorno del niño, con lo cual se minimiza el riesgo del menor, si bien esta actuación se lleva a cabo sin invadir la esfera personal de quienes integran su núcleo familiar de origen.

En este sentido, recoge la SAP. de Málaga de 3 diciembre de 2004³⁸⁷, en su FJ. 2º, que el expediente administrativo que inicialmente incoa el correspondiente Organismo público tiene como finalidad constatar si se dan o no las circunstancias que motivan la declaración de desamparo y, en su caso, el reconocimiento de la referida situación a través del dictado de la correspondiente resolución; en definitiva, ese expediente consiste en el propio procedimiento administrativo tendente a constatar la situación que puede o no desembocar en la declaración de desamparo, y, evidentemente, tal cauce debe de responder a unos principios que han de ser respetados y son los contenidos en la Ley 30/1992, a los que son fieles las legislaciones autonómicas.

A nuestro modo de ver, dicha fase previa que da lugar a la incoación del procedimiento de desamparo la encuadraríamos en la constatación de indicios que ponen de manifiesto circunstancias que evidencian cierto riesgo para los menores, considerando el propio procedimiento de declaración de desamparo la vía adecuada para la comprobación de que la situación fáctica de desamparo.

Así, el procedimiento de desamparo se iniciará de oficio, por acuerdo del titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores, cuando de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo, o mediante denuncia³⁸⁸, tuviera conocimiento de la situación de desasistencia en que pudiera hallarse un menor.

La iniciación de este procedimiento se comunicará a los interesados, a los órganos administrativos y a los denunciantes que la hubieran promovido.

Los padres, tutores o guardadores dispondrán de un plazo de quince días hábiles,

³⁸⁷ JUR 2005, 147451.

³⁸⁸ Según el art. 23 del Decreto, cuando se inicie el procedimiento mediante denuncia, ésta deberá expresar la identidad de la persona que las formula, los datos que permitan la identificación y localización de los menores, así como de sus padres, tutores o guardadores, y el relato de los hechos que motivan su presentación.

No obstante, la falta de identificación de los denunciantes no impedirá la investigación de los hechos denunciados cuando éstos presenten indicios de veracidad. Y no se dará acceso a los interesados en un procedimiento a los datos de identificación de los denunciantes cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, ello pusiera en riesgo la seguridad de éstos.

según dispone el art. 24 del Decreto andaluz, a contar desde el día siguiente a la fecha en que se le haya notificado la iniciación del procedimiento, para aportar cuantas alegaciones y documentos estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse.

En el momento que se le notifica a los padres o tutores el inicio del desamparo, también se les informa acerca de la posibilidad de intervenir por medio de representante, y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses. Si los interesados manifestasen su intención de solicitar la asistencia jurídica gratuita, el plazo de alegaciones se suspenderá durante diez días hábiles³⁸⁹.

Una vez se ha cursado la notificación a que se refiere el apartado anterior, el órgano competente que se encargue de la instrucción del procedimiento realizará de oficio y a la mayor brevedad posible las actuaciones necesarias para elaborar un diagnóstico actualizado sobre el estado real de los menores, que reflejará, al menos, su situación sanitaria, psicológica, socio-familiar y legal. A tal fin, podrá solicitarse la información necesaria de los Servicios Sanitarios, Educativos y Sociales de la zona correspondiente y, cuando sea preciso, se podrá recabar la colaboración de los órganos competentes de otras Administraciones Públicas.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo a que se refiere el art. 24 del Decreto, conforme a lo dispuesto por el art. 25 de la misma norma, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, igual que establece el art. 80 LRJAPyPAC. Se admite cualquier medio de prueba que sirva para acreditar la situación real de los menores.

Del mismo modo que ocurre en el art. 84 LRJAPyPAC, instruido el

³⁸⁹ Actualmente, la suspensión de los plazos, va más encaminada a evitar la caducidad de la acción judicial de oposición (arts. 779 y 780 LEC) que a interrumpir el plazo que establece el Decreto para efectuar alegaciones ante la Junta de Andalucía. Una vez que se modificaron los art. 779 y 780 LEC mediante la Ley 54/2007, de 28 de diciembre y se estableció una caducidad de tres meses para instar la oposición al desamparo tras designarse Abogado y Procurador, la impugnación de la resolución se hace en la vía judicial, puesto que no tiene sentido la duplicidad de procedimientos teniendo en cuenta el problema de la caducidad de los plazos que estableció esta norma. Por otro lado, al solicitar asistencia jurídica gratuita a través de los Colegios de Abogados se insta la paralización del plazo al Juzgado, el cual se reanuda cuando sean designados el abogado y procurador del Turno de Oficio.

procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, según el art. 26 del Decreto, se pondrá de manifiesto a los padres, tutores o guardadores de los menores, por término de diez días hábiles (repárese en que aquí el plazo es inferior, puesto que no va de diez a quince días como en el art 84.2 LRJAPyPAC), a fin de que puedan presentar las alegaciones y documentos que estimen conveniente. Cuando no hayan podido ser localizados los interesados, o, si citados, no comparecen en el plazo establecido, el trámite se entiende cumplido.

Cabe señalar que, según el art. 26.3 (de conformidad con el art. 9 LOPJM), los menores deberán ser oídos en este trámite en la forma adecuada a su edad y grado de madurez, garantizándose en todo caso que se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

Por último, finalizado el trámite de audiencia, dispone el art. 27 que el órgano instructor elaborará una propuesta de resolución sobre la procedencia o no de la declaración de desamparo, y, en su caso, de la forma de ejercicio de la guarda, designando la medida adecuada para ello. Esta propuesta, junto con todos los documentos integrantes del expediente administrativo, será elevada en un plazo no superior a cinco días hábiles al órgano competente para dictar resolución, la cual, según dispone el art. 28, deberá estar debidamente motivada, con relación de hechos y fundamentos de Derecho que justifiquen la decisión adoptada, del mismo modo que establece el art. 89.3 LRJAPyPAC, que remite al art. 54 del mismo Cuerpo legal, al tratarse de un acto limitativo de derechos. No obstante, podrá servir de motivación a la resolución la aceptación de los informes que se hubieran incorporado al procedimiento durante su instrucción y que se refieran a la situación real de los menores.

En la parte dispositiva de la resolución se expresa la procedencia de declarar la situación de desamparo y la asunción de la tutela de los menores, la designación de las personas, Entidades o Centros a los que se atribuya el ejercicio de la guarda mediante acogimiento familiar o residencial y el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres, parientes y allegados.

La resolución que declare el desamparo deberá ser notificada a los padres que no se hallen privados de la patria potestad, a los tutores y guardadores, así como a los menores, según su grado de madurez, y en todo caso, cuando ya hubieren cumplido

doce años *ex art. 29 del Decreto*. Habrá de ser comunicada, asimismo, al Ministerio Fiscal, a la Autoridad consular del Estado del que sean nacionales en el caso de que fueran extranjeros y a quienes vayan a recibirlos en acogimiento familiar o al Director del centro o institución donde vayan a ingresar.

La notificación de la resolución se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas desde que ésta se dictó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 172.1 C.c. Se realizará de forma personal, en todo caso, a los menores, y, cuando ello sea posible, a los demás interesados, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y socio-culturales, y de manera que comprendan claramente el significado y consecuencias de la declaración de desamparo, las causas que la hubieran motivado y las fórmulas de oposición a la misma (art. 30 del Decreto).

En los casos en que no se pudiera practicar la notificación a los interesados, debiendo sustituirse por la inserción de anuncios y la publicación, el contenido de ésta se limitará a expresar una somera indicación del contenido de la resolución y del lugar en el que los interesados podrán comparecer, en el plazo de diez días hábiles, para conocer el contenido íntegro de la misma.

Una vez examinado el procedimiento mediante el cual se dicta la resolución administrativa que declara la situación de desamparo, hemos de poner de manifiesto que el Decreto andaluz distingue entre desamparo y declaración provisional de desamparo, lo que, a nuestro entender, supone una cuestión importante.

En este sentido, establece el apartado 3º del art. 20 del Decreto que se declarará como medida cautelar la situación de desamparo cuando no quede garantizada la integridad y seguridad de los menores por parte de sus padres, tutores o guardadores. Por otro lado, su art. 32 contempla que cuando existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, se podrá declarar, también como medida cautelar, la situación de desamparo provisional por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores.

Las resoluciones administrativas que declaren la situación de desamparo de los menores y la asunción de su tutela serán ejecutivas desde la fecha en que se dicten, y se ejecutarán de oficio por los órganos competentes de la Administración de la Junta de

Andalucía *ex art.* 31 del Decreto. En la práctica de la notificación se requerirá a los padres, tutores o guardadores para que pongan a los menores objeto de la declaración de desamparo a disposición de los órganos Administrativos competentes, apercibiéndoles de que si no lo hicieren se procederá a la ejecución forzosa de la resolución adoptada. De hecho, ante el previsible riesgo de violencia que imposibilite ejecutar la resolución que declara el desamparo (provisional o definitivo) de manera pacífica con la colaboración de los padres, tutores o guardadores la resolución administrativa, prevé el Decreto que se procederá a la ejecución forzosa, recabando, si fuere necesario, el auxilio de las Fuerzas de y Cuerpos de Seguridad del Estado³⁹⁰.

En la línea de la andaluza, la mayor parte de las leyes autonómicas³⁹¹ contemplan un procedimiento de urgencia ante situaciones en las que inmediatamente se pueden adoptar medidas cautelares de protección sin esperar a la culminación del expediente administrativo de declaración de desamparo por los cauces normales. En tales casos, debe existir una necesidad perentoria de intervención que la justifique. Se trata de adoptar las medidas oportunas de protección con carácter cautelar, con base en el art. 72 LRJAPyPAC, pudiendo aquéllas ser confirmadas, modificadas o levantadas en el mismo acuerdo de iniciación del expediente, pero, en todo caso, se han de extinguir con la eficacia de la resolución que ponga fin al mismo. Consideramos que, en este caso, se abriría un nuevo plazo de tres meses desde la notificación de la resolución definitiva, para instar la oposición judicial al desamparo³⁹².

Desde el punto de vista de nuestra la experiencia profesional, hemos de

³⁹⁰ El art. 31.4 del Decreto andaluz habla de “*Unidad del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Comunidad Autónoma*”, si bien, en la práctica, habitualmente es el Cuerpo Nacional de Policía el encargado de llevar a cabo esta gestión. De hecho, se dan casos de entrada en domicilio por cuerpos de élite del Ministerio de Interior, con la correspondiente orden de entrada en domicilio dictada por el Juzgado de lo Contencioso, para proceder a la ejecución de resoluciones de desamparo, por parte del personal de la Consejería competente en materia de asuntos sociales.

³⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo blanch, 2013, cit., pág. 1806.

Entre las distintas normativas autonómicas, se citan algunas como: el art. 48.4 de la Ley 17/1997, de 7 de febrero de Canarias; el art. 24.2 de la Ley 3/1995, de 27 de enero, CA del Principado de Asturias; el art. 53 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la CA de Madrid y el art. 62 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de la CA de Castilla y León.

³⁹² En contra de dicha opinión parece manifestarse, iniciando el plazo a partir de la resolución provisional, la FGE en la Circular 1/2008, de 22 de diciembre (pág. 21). Sin embargo, en su posterior Circular 8/2011, de 16 de diciembre modifica el criterio al entender que, en el caso que la resolución definitiva se fundara en elementos nuevos, se abriría un plazo autónomo de impugnación de tres meses.

manifestar que, por parte de la Junta de Andalucía, se abusa de la aplicación del art. 32 del Decreto, precepto que, como se ha apuntado, contempla la posibilidad de declarar la situación de desamparo provisional y que constituye el soporte jurídico que habilita a la Administración para asumir la tutela de un menor, limitando los derechos de sus progenitores.

A nuestro juicio, se presenta como una vía que posibilita eludir el procedimiento establecido en los arts. 21 a 31 de la misma norma, si se tiene en cuenta que tanto en el art. 20 como en el 32 el fin es el mismo, puesto que se pretende la protección del menor mediante la asunción de la tutela administrativa, si bien en el art. 32, a diferencia de lo que ocurre en el art. 20, se utiliza un procedimiento que desatiende el interés de la familia biológica.

Se trata de una decisión unilateral de la Administración, en la que se desposee a los padres del ejercicio de la patria potestad y de la compañía de sus hijos (y a éstos se les desvincula de su familia natural), sin que la familia natural tenga derecho a la defensa en el momento previo al dictado de la resolución, pues, según el art. 33, el órgano competente podrá acordar la declaración provisional de desamparo inicialmente o en cualquier momento de desarrollo del procedimiento antes de su finalización y, además, el acuerdo será ejecutado de forma inmediata, sin perjuicio de su notificación a los sujetos relacionados en el apartado 1º del art. 29.1. Una vez asumida la tutela de los menores por la Administración de la Junta de Andalucía, la Entidad pública prosigue la instrucción del procedimiento conforme a lo establecido en los arts. 21 a 30, hasta que se dicte la resolución correspondiente, que dispondrá la ratificación, modificación o revocación del acuerdo que haya declarado como medida cautelar la situación de desamparo provisional.

Pero repárese en que el menor ya habrá sido separado de su familia biológica, en muchos casos, meses atrás, y mediante un procedimiento, en algunos casos traumático y violento, pues, a veces, se da el caso, cuando existe resistencia por parte de los padres a entregar a sus hijos a la Administración, que se recabe el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por parte de la Entidad pública, actuando éstas en presencia de los menores, lo que, a nuestro modo de ver, resulta repugnante, cuando es de suponer que se interviene en aras de la protección del menor. En estas ocasiones, los

menores se ven obligados a observar una escena terrible, de la que, por otro lado, resultan los protagonistas, y que, por su corta edad, no pueden llegar a asimilar (estos niños presencian cómo entran por la fuerza en su casa policías de élite, empuñando armas automáticas, provistos de cascos con escafandra que impide verles la casa, vestidos con uniformes muy oscuros y surtidos de material antidisturbios, con el único objetivo de reducir a sus padres mediante la intimidación, o incluso la violencia, y mediante semejante procedimiento, conseguir la Administración, arrancarlos con facilidad de su núcleo familiar para entregarlos a una institución o a una familia ajena que desconocen por completo, mediante acogimiento, y que queden “protegidos”), marcándoles de por vida. No creemos que, en estos supuestos, el fin deba justificar tales medios.

A todo ello cabe añadir que cuando esta resolución de desamparo provisional se ratifica, lógicamente, ya hay un proceso judicial de oposición a la resolución de desamparo en marcha, puesto que los padres se ven abocados a solicitar la tutela judicial ante la indefensión que se les ha causado³⁹³.

³⁹³ Interesante resulta la Resolución del Defensor del Menor de Andalucía formulada en la queja 10/3368 dirigida a Delegación Provincial de Sevilla, relativa a la necesidad de mayores garantías jurídicas para padres y madres afectados por actuaciones urgentes de la Administración en protección de los derechos de sus hijos o hijas (<http://www.defensordelmenordeandalucia.es/node/2312>), en la que la intervención del Ente Público de Protección de Menores viene motivada por una petición efectuada por un adolescente de 16 años, acompañada de un escrito redactado y firmado por él, en el que denunciaba ser víctima de malos tratos físicos y psicológicos por parte de sus progenitores, procediéndose a su ingreso en un centro donde quedaran garantizadas de manera inmediata sus necesidades básicas, así como su integridad física y seguridad personal.

La queja de los padres no viene referida a la atención inmediata que recibió su hijo, sino al hecho de que tras tener noticias de su ingreso en el centro quedaron limitados sus derechos y obligaciones respecto de él, no pudiendo contactar o relacionarse con el menor sino contando con la autorización de la Administración, y no pudiendo decidir nada respecto de su permanencia en el centro o su retorno al hogar familiar. Desde la comparecencia del adolescente en la sede del Servicio de protección de Menores se han sucedido diversas decisiones administrativas que han sido inmediatamente ejecutivas, tales como la decisión de ingreso y permanencia del menor en el centro; la consecuente regulación del régimen de visitas y contactos familiares; y la posterior decisión de salida del menor del centro y vuelta al hogar familiar. Dichas decisiones han tenido incidencia en la esfera jurídica privada y personal del padre y la madre del menor. Tales actuaciones les han sido comunicadas de forma telefónica o tras ser citados en la sede del Servicio de Protección de Menores para una entrevista personal, redactando a continuación un acta de dicha comparecencia firmada por los interesados, sin referencias en dicho documento sobre las posibles vías de recurso respecto de las decisiones y actuaciones que dicha acta contiene. Y esta forma de notificación contrasta con las previsiones del art. 58 LRJAPyPAC, que obliga a la Administración a notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. Precisa además la Ley que dicha notificación deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan,

En definitiva, en estos casos se hace más que evidente la apreciación de RUÍZ-RICO y gran parte de la doctrina³⁹⁴ al considerar que la Administración competente cuando decreta el desamparo se erige en juez y parte al mismo tiempo, pues, una vez lo decreta, se auto-atribuye la tutela del menor, sin que nadie haya podido contrastar los argumentos de la Administración hasta ese mismo momento.

Y al parecer, esta actividad protectora de la Administración en la práctica, tampoco produce resultados muy alentadores. En Andalucía, el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz³⁹⁵ publicado en abril de 2014, revela que se ha detectado un incremento relevante en las consultas recibidas en el año 2013 en las que las personas afectadas, de forma directa o indirecta, eran menores de edad, al tratarse de un sector de la población que padece un riesgo elevado de desprotección. Y según el Informe son cada vez más numerosos los testimonios que recibe el Defensor del Pueblo de madres, padres y abuelos que, con la máxima de las desesperaciones, acuden a esta Institución solicitando ayuda no ya para ellos, sino para los menores con los que conviven. Pero resulta que a este drama se une a veces el drama derivado de la intervención de los servicios sociales comunitarios, que, en ocasiones, no pueden más que resolver la necesidad de retirada de custodia a unos padres que, impotentes, se ven imposibilitados para proporcionar a sus hijos un techo y unos alimentos con los que subsistir. Esta situación, según el Defensor del Pueblo “provoca el máximo de los desalientos y la mayor de las frustraciones, que en ocasiones sumerge aún más en la exclusión social y genera la aparición de adicciones y problemas de salud que, a su vez, vienen a dificultar

órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

También contrasta dicha práctica administrativa con lo establecido en el art. 33.2 del Decreto andaluz, conforme al cual el acuerdo de declaración provisional de desamparo debe notificarse a los sujetos relacionados en el apartado 1º del art. 29, lo cual, en este caso, no se produjo. Por el contrario, la Administración ha actuado tal como si dicha resolución hubiera existido, con similares consecuencias de cara a los familiares del menor pero con la salvedad de no haber recibido éstos ninguna comunicación con todas las garantías y formalidades legales. Y es ésta (la notificación personal del texto íntegro de la resolución o acto administrativo con indicación de los recursos posibles) una garantía procedimental que previene de quebrantos en los derechos de los ciudadanos, quienes desde el mismo momento de su recepción tienen posibilidad de defensa respecto de la actuación administrativa por los cauces legales establecidos.

³⁹⁴ Autor citado por ROGEL VIDE: *Comentario al Código Civil*, cit., pág. 695.

³⁹⁵ 9-14/IDPA-000001, Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz correspondiente a la gestión realizada por dicha Institución durante el año 2013 (BOPA núm 438, de 23 de abril de 2014), págs. 1126 y 1127.

aún más la reinserción en la sociedad”. Considera el Informe referido que, a esto se debe unir el problema que se genera a los menores víctimas estas situaciones, “*porque la sensación de desatención, de desprotección; de desigualdad; de injusticia y de desconfianza en el sistema se convierte para ellos en un condicionante que con probabilidad marcará el resto de sus vidas*”.

Lamentablemente, la declaración de desamparo y la asunción de la tutela del menor desamparado por la Administración no siempre revisten las garantías suficientes de los derechos de los sujetos involucrados.

1.2.- Naturaleza, requisitos y estructura de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor. En particular, la importancia de su motivación

Como ha quedado recogido en el apartado anterior, la declaración de desamparo consiste en el dictado de una resolución administrativa, fruto de un procedimiento previo, sujeta al Derecho Administrativo y regulada en la LRJAPyPAC, si bien con las particularidades propias de la materia objeto de la misma, que la sujetan al control de la jurisdicción civil, tal como se recoge en el art. 172.6 C.c.

Desde nuestro punto de vista, presenta una naturaleza jurídica híbrida, puesto que se mueve entre lo público y lo privado, tal vez con mayor incidencia del carácter privado, en cuanto a los efectos civiles que produce, los cuales abocan a la jurisdicción civil, pues la oposición a la misma implica la recuperación de la tutela del menor, si bien somos conscientes de que VARGAS CABRERA³⁹⁶ le atribuye una naturaleza eminentemente privada al desamparo, en tanto que LÓPEZ AZCONA³⁹⁷ sigue su misma opinión doctrinal, si bien con ciertos matices. Así las cosas, consideramos que la declaración de desamparo es un acto administrativo de contenido civil.

Ahora bien, considerando la resolución de desamparo de forma individualizada y como mero instrumento, no podemos ignorar que se encuadra dentro de la esfera del

³⁹⁶ VARGAS CABRERA: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, cit., pág. 613.

³⁹⁷ LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La autorización de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2001, pág. 1933.

Derecho Administrativo. Entendemos que, en sí misma considerada, la resolución de desamparo es un acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo previo y decide todas las cuestiones que en el mismo se han promovido. En este sentido, dispone el art. 87 LRJAPyPAC que podrá fin al procedimiento, entre otros actos, la resolución, caracterizándose ésta porque dicha terminación del procedimiento se produce de manera directa decidiendo las cuestiones que se hubiesen suscitado; a diferencia de otros medios en los que esa terminación se produce por una decisión del propio interesado, cuando se trata de procedimientos iniciados a su instancia, como es el desistimiento y la renuncia, sin que se decida sobre la cuestión suscitada en el mismo procedimiento; o aquellas otras en que la posibilidad de celebrar un acuerdo o convenio permite la terminación del procedimiento sin necesidad de decidir la cuestión que se hubiese planteado.

Siendo la resolución el acto por el cual se pone fin al procedimiento, deberá dictarse como el último de los trámites del mismo, una vez que se ha concedido el trámite de audiencia a los interesados tras la práctica de las pruebas y formulada la propuesta de resolución por el instructor con elevación del procedimiento con su propuesta al órgano encargado de resolver y que, normalmente, será el que acordó la iniciación del procedimiento. Así, pues, la competencia para dictar la resolución será, en todo caso, no de quien instruyera el procedimiento, sino de quien tenga atribuida legalmente la competencia sobre el derecho reclamado o la decisión que deba adoptarse.

Y en cuanto al plazo en el que debe dictarse la resolución, la LRJAPyPAC no establece plazo expreso para que la misma se dicte cuando el procedimiento pasa a esa fase final del procedimiento, una vez que se eleva el mismo por el instructor al órgano competente para resolver con la propuesta de resolución, si bien deberá entenderse que dicho plazo está sometido al principio de celeridad que, como principio, rige en todo el procedimiento³⁹⁸.

La resolución, en definitiva, es el modo normal de terminación de un procedimiento administrativo. Es el acto definitivo que pone fin al procedimiento, el acto por antonomasia, en cuanto decide el procedimiento, tal como recoge el art. 89

³⁹⁸ OLEA GODOY, Wenceslao Francisco: “Resolución Administrativa”, en *Enciclopedia Jurídica*, LA LEY [LA LEY 4638/2008].

LRJAPyPAC. El párrafo 1º del citado precepto exige que la resolución que ponga fin al procedimiento decida todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. La congruencia de la resolución final se mide en función, no sólo de lo alegado y pretendido por los interesados, sino también de lo que resulte del expediente mismo con independencia de aquellas pretensiones, salvando en estos casos, por supuesto, las exigencias propias del principio de contradicción. En relación con aquellas otras cuestiones que se deriven del expediente, han de concurrir las circunstancias siguientes: que estén dentro de los límites objetivos del procedimiento en que fue dictado el acto impugnado; que se dé audiencia a los interesados.

El citado art. 89 contempla la posibilidad de que el órgano administrativo pueda pronunciarse sobre cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, exigiéndose para ello que, previamente, se ponga en conocimiento de los interesados por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten los medios de prueba que consideren oportunos.

El párrafo 2º del art. 89 LRJAPyPAC contempla el principio de congruencia entre la resolución y las peticiones de los interesados, sin que, en ningún caso, aquélla pueda agravar la situación inicial del administrado (*reformatio in peius*); sin perjuicio de que existan elementos suficientes para incoar otro procedimiento nuevo de oficio por la Administración. Siguiendo a COBO OLVERA³⁹⁹, si la Administración considera que la tramitación del expediente ha puesto de relieve la existencia de hechos que deben comportar un empeoramiento de la posición jurídica del interesado, no puede extraer las consecuencias pertinentes al resolver el procedimiento iniciado a instancia de aquél, sino que deberá incoar de oficio un nuevo procedimiento, limitándose a terminar el iniciado a instancia de parte de acuerdo con el principio de congruencia. Este principio recogido en el número 2º del art. 89, viene asimismo contemplado en el art. 113 de la misma norma, al hacer referencia a los recursos administrativos, concretamente, a la resolución de éstos.

³⁹⁹ COBO OLVERA, Tomás: *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008 [LA LEY 3262/2010].

El párrafo 3° del art. 89 LRJAPyPAC hace mención a dos cuestiones: una de fondo, referente a la necesidad de motivar la resolución en los casos contemplados en el su art. 54; otra de forma, al recoger los requisitos formales de la resolución: recursos que proceden contra ella, órgano ante el cual han de interponerse y plazos para ello, añadiendo la coletilla “*sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno*”, frase que entendemos hace una diferenciación entre recursos generales (alzada, reposición, jurisdiccional ordinario), que, en todo caso, han de especificarse en la resolución, y recursos especiales (jurisdiccional penal, contenciosa especial, revisión); y, además, hace referencia a que si la Administración incurre en error en la denominación del recurso que proceda, el administrado pueda interponer el que considera de aplicación.

El párrafo 4° del mismo art. 89 prohíbe a la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso. No obstante, el precepto permite la inadmisión de la pretensión de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el art. 29 CE.

El último párrafo del art. 89 LRJAPyPAC, según COBO OLVERA, asimila la motivación de una resolución con la aceptación de informes o dictámenes cuando éstos se incorporen al texto de aquélla. Evidentemente, para que ello tenga efectividad, el informe y la resolución han de ir en el mismo sentido; aceptar lo contrario, contravendría el principio de motivación del acto⁴⁰⁰. Este supuesto del art. 89.5° LRJAPyPAC es el de la denominada motivación “*in aliunde*” o por remisión, que surge cuando la motivación se realiza por referencia a informes o dictámenes que le preceden y sirven de sustento argumental⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ COBO OLVERA: *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, cit. [LA LEY 3262/2010].

⁴⁰¹ GALLARDO CASTILLO, M^a. Jesús: “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, en *Actualidad Administrativa*, 2010, núm. 2 [LA LEY 21589/2009], considera que esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 *in fine*, ha sido matizada por la jurisprudencia en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica *in aliunde* satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración. La autora cita jurisprudencia tanto del TC. como del TS. que le avalan, entre otras, SSTC. 174/1987, de 3 de noviembre (RTC 1987, 174), 27/1992 (RTC

Volviendo al punto 3º del art. 89 LRJAPyPAC, es decir, a la motivación de las resoluciones *stricto sensu*, e incidiendo en ello por la enorme importancia que implica en el caso de la protección de menores, puede decirse que la motivación consiste, tal como recuerda la STS. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 30 de enero de 2001⁴⁰² en su FJ. 3º, “*en un razonamiento o en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo es una “elemental cortesía”, como expresaba ya una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 julio 1981*⁴⁰³, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que “justifican” el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución”.

Sigue diciendo el Supremo, en la misma sentencia, que “*la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve, criterio jurisprudencial que se reitera en las sentencias de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 1998*⁴⁰⁴ y *14 de diciembre de 1999*⁴⁰⁵”.

La motivación de los actos administrativos, según GALLARDO CASTILLO⁴⁰⁶, no es más que la exteriorización o expresión de las razones que ha llevado a la

1992, 27), de 24 de noviembre, 150/1993, de 3 de mayo (RTC 1993, 150), 108/2001, de 23 de abril (RTC 2001, 108) y 171/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002, 171); y SSTS. de 6 de junio de 1980 (RJ 1980, 3166); de 21 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 5446); de 14 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5311); de 22 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9697).

⁴⁰² RJ 2001, 1147.

⁴⁰³ RTC 1981, 26.

⁴⁰⁴ RJ 1998, 4486.

⁴⁰⁵ RJ 1999, 9793.

⁴⁰⁶ “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, cit. [LA LEY 21589/2009].

Administración a adoptar una determinada resolución. Por tanto, no consiste en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad, sino en la conclusión de la argumentación justificativa de la decisión, para que el interesado y los órganos judiciales puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones.

Por ello, según esta autora, la motivación pasa de ser un mero requisito formal a convertirse en una garantía de primer orden del ciudadano mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad, proscrita en la actuación de todos los poderes públicos y, por ende, de la Administración, considerando GALLARDO CASTILLO, que la motivación es un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos y, por ello, también a ella se proyecta la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE, del que es una exigencia implícita.

De este modo, ha de tenerse en cuenta que la motivación cumple un doble propósito: de un lado, pone de manifiesto por qué se ha realizado una determinada interpretación y aplicación de la norma por parte de la Administración de suerte que se permite a sus destinatarios conocer y comprender su contenido; y, de otro, hace posible comprobar que el razonamiento o la decisión sin más no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, al tiempo que permite ser revisada en vía de recurso, pues sólo expresándolos podrá el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE. No es sólo, por tanto, un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo⁴⁰⁷.

El art. 28 del Decreto andaluz de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, incide en su punto primero en la motivación de la resolución de desamparo en los términos siguientes: “1. *La resolución deberá estar debidamente motivada, con relación de hechos y fundamentos de derecho que justifiquen la decisión adoptada. No obstante, podrá servir de motivación a la resolución la aceptación de los*

⁴⁰⁷ GALLARDO CASTILLO: *Op. cit.* [LA LEY 21589/2009].

informes que se hubieran incorporado al procedimiento durante su instrucción, y que se refieran a la situación real de los menores.”. Y ya en el punto segundo precisa el contenido mínimo de la misma “2. La parte dispositiva de la resolución deberá expresar la procedencia o no de declarar la situación de desamparo, y, en su caso, la asunción de la tutela de los menores, la designación de las personas, Entidades o Centros a los que se atribuya el ejercicio de la guarda mediante acogimiento familiar o residencial, y el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres, parientes y allegados”.

Así las cosas, la debida motivación de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo es esencial, muy especialmente, si se declara el desamparo del menor.

En relación a la estructura que, en la práctica, suelen presentar las resoluciones de declaración de desamparo, ha de decirse que aquélla obedece a la de cualquier resolución judicial, esto es, encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derechos, y fallo, si bien, en estos casos, termina por acuerdo.

En el encabezamiento consta el nombre del órgano provincial de la Comunidad Autónoma correspondiente que la emite, el número de expediente del procedimiento administrativo que ha dado lugar a la misma, el nombre del Delegado provincial del órgano emisor, el nombre de los menores con sus fechas de nacimiento, y el de sus progenitores o guardadores.

Seguidamente, se exponen los Antecedentes de Hecho de forma extremadamente pormenorizada y por orden cronológico, comenzando por la primera actuación que realizan los Servicios Sociales, y donde se detallan las circunstancias que ponen de manifiesto la situación fáctica de desamparo, para finalizar manifestando que debido a la realidad que se pone de manifiesto, siendo conocida la misma por los Servicios de Protección de menores de la provincia, emiten una propuesta a la Comunidad Autónoma para que inicie el procedimiento de desamparo, asuma la tutela *ex lege* y acuerde la guarda.

A continuación, se relatan ordenadamente los Fundamentos de Derecho, en los cuales se recoge la legislación aplicable al asunto, comenzando por aludir a la de ámbito estatal, en cuanto a las competencias que en esta materia se atribuye a las CCAA, para

seguir haciendo referencia a la normativa específica en materia de desamparo de ámbito autonómico. Tras ello se fundamenta el fondo del asunto, citando los artículos correspondientes del C.c., en concreto, el art. 172, así como los arts. 160 y 161, en cuanto que regulan las relaciones de los menores con sus familiares. Finalmente, se recogen los preceptos que regulan el procedimiento a seguir.

Por último, en el Acuerdo, teniendo en cuenta tanto los Antecedentes como los Fundamentos que se recogen en el documento, la Entidad pública de protección de menores decreta la situación de desamparo de los menores, asumiendo la tutela de los mismos. Constituye el acogimiento (inicialmente, suele ser residencial, a no ser que se constituya familiar de urgencia) y establece un régimen de relaciones familiares de los menores con su familia biológica.

Seguidamente, ordena la notificación de la resolución en los términos del art. 172.1 C.c., indicando los siguientes plazos: el de quince días para hacer alegaciones por parte de la familia biológica; el de tres meses para formular oposición ante el Juzgado de Primera Instancia (en este caso, se indica la posibilidad de solicitar abogado del Turno de Oficio, teniendo en cuenta que es preceptivo, junto con el procurador, para formular la oposición); y el de dos años para solicitar la devolución del ejercicio de la patria potestad, si cambian las circunstancias que provocaron el desamparo.

Partiendo de todo lo dicho anteriormente, podemos concluir afirmando que la resolución administrativa de desamparo podría definirse, en términos absolutamente generales como, una disposición administrativa, dictada de oficio por la Administración autonómica en el ejercicio de sus potestades discrecionales, en base a las competencias que le atribuye el art. 148.1.20ª CE, puesto que la protección al menor se encuadra dentro de la asistencia social, cuyo contenido se ajusta a lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico, y se adecua a la finalidad que pretende que no es otra que la protección del menor. Dicha resolución debe motivarse, haciendo referencia a los hechos y Fundamentos de Derecho, en tanto que limita derechos subjetivos e intereses legítimos, y tratándose de un acto administrativo, es, por tanto, ejecutivo de forma inmediata, de modo que el proceso iniciado por los interesados en contra del mismo, no suspende la ejecución del acto. Incumbe, en consecuencia, a los afectados por la resolución administrativa la carga de impugnarla *a posteriori* ante los órganos

jurisdiccionales civiles, sin que ello suponga obstáculo alguno a la ejecutividad del acto, venciendo la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a impedir la medida de protección acordada e, incluso, pudiendo intervenir de inmediato si hubiera peligro para la vida o integridad del menor⁴⁰⁸.

1.3.- La notificación de la resolución de desamparo y las consecuencias jurídicas derivadas de su omisión

Desde el punto de vista general, el art. 58 LRJAPyPAC, en su párrafo 1º, exige como requisito de eficacia la notificación a los interesados de todas las resoluciones y actos que afecten a sus derechos o intereses. A la luz de lo dispuesto por el art. 57 LRJAPyPAC, la doctrina hace una diferenciación de la eficacia del acto dictado respecto a su notificación: si el acto o resolución perjudica al interesado, en todo caso, será requisito de eficacia la notificación; en cambio, cuando el acto beneficia al administrado, la notificación no será requisito de eficacia. No obstante, el citado art. 58 impone a la Administración la obligación formal de notificar todo tipo de actos que afecten (positiva o negativamente) a los derechos e intereses de los particulares.

La notificación, además de sobre la eficacia de los actos, incide sobre las garantías del administrado de forma que, de una parte, no sólo hay obligación de notificar los actos propiamente dichos, las resoluciones o manifestaciones de voluntad, sino los actos de trámite del procedimiento, y de otra, en unos y otros casos, la falta de notificación congela los tiempos para el ejercicio de los recursos, cuyo *dies a quo* no comenzará hasta que se realice una notificación correcta.

El acto notificador deberá contener, según el párrafo 2º del art. 58 LRJAPyPAC, los siguientes extremos: el texto íntegro de la resolución, la indicación si el acto notificado es definitivo o no en vía administrativa, el señalamiento de los recursos que procede contra el acto notificado, el órgano ante el que han de presentarse y el plazo para interponerlos.

⁴⁰⁸ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: “Aspectos procesales civiles de la protección del menor”, cit. [TOL460.474].

El párrafo 3º del art. 58 LRJAPyPAC señala que las notificaciones defectuosas surten efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance de la resolución o interpongan recurso contra dicha resolución. Los defectos a que se refiere la Ley son aquéllos a que hace referencia el párrafo 2º acerca de los extremos del acto notificador apenas señalados. Se debe recordar que los defectos formales en que pueda incurrir la notificación sólo adquieren relevancia cuando impidan que la misma llegue a cumplir con la finalidad de dar a conocer el contenido del acto, imposibilitando al interesado reaccionar frente al mismo.

Por último, el apartado 4º del citado art. 58 señala que, sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado. Se pretende, así, evitar el nacimiento de actos presuntos debido a las notificaciones defectuosas, ya que hay que invertir un determinado tiempo en su rectificación⁴⁰⁹.

A diferencia de las resoluciones administrativas de carácter general que recoge la LRJAPyPAC, en el caso de las resoluciones que aprecien situaciones de desamparo deberán notificarse a los padres, tutores y guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas, informándoles, asimismo, y, a ser posible, 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 (*vid.* EM. LOPJM y art. 172 C.c.).

Según dispone el art. 29.º del Decreto andaluz, la resolución que declare la situación de desamparo deberá ser notificada a los padres que no se hallen privados de la patria potestad, a los tutores y guardadores, así como a los menores, según su grado de madurez, y en todo caso, cuando ya hubieren cumplido doce años. Además, habrá de ser comunicada asimismo al Ministerio Fiscal, a la Autoridad consular del Estado del que sean nacionales en el caso de que fueran menores inmigrantes no acompañados, y a quienes vayan a recibirlos en acogimiento familiar o al Director del centro o institución

⁴⁰⁹ COBO OLVERA: "El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial", cit. [LA LEY 3231/2010].

donde vayan a ingresar.

Conforme al art. 29.4 de la misma norma andaluza, la notificación se realizará de forma personal, en todo caso, a los menores, y, cuando ello sea posible, a los demás interesados, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y socio-culturales, y de manera que comprendan claramente el significado y consecuencias, en su caso, de la declaración de desamparo, las causas que la hubieran motivado y las fórmulas de oposición a la misma. En el apartado 5º el mismo precepto establece que en los casos en que no se pudiera practicar la notificación a los interesados, debiendo sustituirse por la inserción de anuncios y la publicación, el contenido de ésta se limitará a expresar una somera indicación del contenido de la resolución y del lugar en el que los interesados podrán comparecer, en el plazo de diez días hábiles, para conocer el contenido íntegro de la misma.

Ha de quedar constancia fehaciente en el expediente de haberse llevado a cabo dicha notificación, puesto que, a partir de dicho momento, comienza el cómputo de los plazos que establece la Ley tanto para oponerse como para solicitar la suspensión de la medida en el caso que se haya producido una evolución positiva y los padres estén en condiciones de ejercer la patria potestad⁴¹⁰.

En este sentido, el AAP. de Asturias de 6 abril de 2009⁴¹¹, en el último párrafo

⁴¹⁰ Al respecto, recuérdese que estas 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 (art. 172.6 C.c.) en el plazo de tres meses desde su notificación (art. 780.1 LEC). Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración 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. Pasado dicho plazo, ello 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 del desamparo (art. 172.7 C.c.).

⁴¹¹ El AAP. de Asturias de 6 abril de 2009 (JUR 2009, 220485), plantea el problema de la ausencia de notificación en el ámbito de la oposición a la resolución administrativa de desamparo a raíz de la entrada en vigor de la Ley de Adopción Internacional. Según el FJ. 1º, *“Doña Enma apela el Auto de quince enero de dos mil nueve, en el que la juzgadora de instancia inadmite a trámite la oposición que dicha persona articula frente a la medida de protección de menores adoptada por la Consejería de la Vivienda y Bienestar Social, en concreto la que declara en desamparo a Santiago, asumiendo su tutela por ministerio de la ley, así como la guarda y custodia y acogimiento residencial mediante alojamiento en centro de protección de menores. Inadmisión que justifica en la extemporaneidad en su articulación”*. Continúa diciendo el FJ. 2º, que *“examinadas las alegaciones expuestas por la recurrente, la apelación ha de ser acogida. Como ya dijo esta Sala al resolver otro recurso de apelación, también planteado por la ahora recurrente, la Ley 54/07 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en sus disposiciones*

de su FJ. 4º, dispone que “para que los plazos de impugnación de las decisiones adoptadas en vía administrativa comiencen a correr es necesario que conste realizada la notificación con la debida claridad y precisión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, indicándoles si la resolución es o no firme en vía administrativa; facilitándoles cierta información acerca de las posibilidades que tienen para recurrir su resolución, el organismo ante el que han de hacerlo, plazos, formas y demás extremos necesarios para que tengan abierto el acceso a los recursos legalmente previstos. Información que, al menos en estos momentos, no consta le fuera facilitada a la recurrente, procediendo, en consecuencia revocar la resolución apelada”.

En la STSJ. de Aragón de 4 de enero de 2010⁴¹², que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, se hace constar que, quedando

finales ha procedido a modificar tanto la normativa sustantiva como procesal, fijando unos plazos para recurrir las resoluciones administrativas que se dicten para la protección de menores. En el apartado primero del artículo 780 de la LEC prevé: "La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores". Así mismo, la Disposición final primera en su párrafo tercero también modifica el redactado del artículo 172 del Código Civil, en concreto los apartados tercero y sexto, y añade dos nuevos apartados; todo ello con la finalidad de regular una serie de plazos para la impugnación de las medidas que para la protección de menores adopten los organismos públicos, para que desaparezca la imprecisión existente, en cuanto al plazo para impugnar esas resoluciones, y que generaba una inseguridad jurídica acerca de la posibilidad de recurrir y del plazo para ello, alargando de forma desmedida la tramitación de estos expedientes”.

Y es que, según el FJ. 3º, consta que no existía ninguna diligencia de notificación puesto que así lo interpretó la propia juzgadora de instancia cuando en la Providencia de 14 de noviembre de 2.008, requería a la parte “3... *Que presente diligencia de notificación de la resolución de veintitrés de abril de dos mil siete, de la Consejería de Bienestar Social del principado de Asturias, objeto de oposición*”, requerimiento al que la parte contesta en su escrito de 20 de noviembre de 2008, manifestando la imposibilidad de acreditar esa notificación ya que no se ha realizado, teniendo conocimiento de ella hará aproximadamente un mes por un procedimiento de otra hija.

En Providencia de 27 de noviembre de 2008, se acuerda librar oficio a la Consejería para que certifique la fecha y acompañe diligencia de notificación efectuada a Doña Enma de la resolución de fecha cuatro de abril de 2007. Nada se le solicitaba respecto de la de 23 de abril de ese año que era, en realidad, la recurrida. La Consejería libra oficio el 2 de enero de 2009, en los términos que constan en autos (folio 18), y acto seguido la juzgadora de instancia resuelve en los términos que se dijo en el FJ. 1º: “*En estos momentos y en base a las actuaciones que tiene a su disposición el tribunal lo único que consta es que la resolución de 23 de abril de 2007, no fue notificada a la parte; y que si bien esa resolución ratifica la precedente de 4 de abril, es una decisión autónoma de ésta y que la Consejería consideró necesaria dictar ante la omisión, en la que por razones de urgencia había incidido, resolución que abre un nuevo periodo de impugnación”.*

⁴¹² La STSJ. de Aragón de 4 de enero de 2010 (RJ 2010, 2619) recoge, en su FJ. 1º, que la Sentencia de la AP. recurrida se pronunció en relación a la falta de notificación invocada por la parte en los siguientes términos: “*en cuanto a la falta de notificación de las diferentes resoluciones, el examen del expediente*

acreditado en el expediente el recibí de la notificación, no puede invocarse que se ha eludido este trámite. En esta sentencia, el primero de los motivos que alega la recurrente es la infracción, por indebida aplicación, de los arts. 52 y 53 relativos al trámite de audiencia, notificación y comunicación, todos ellos de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón⁴¹³, en relación con el art. 22 LOPJM y del art. 172 C.c., volviendo a insistir en aspectos procedimentales que ya fueron planteados en primera instancia y en apelación como primer argumento de oposición a las medidas administrativas recurridas. En concreto, insiste en que no le fueron debidamente notificadas las citadas resoluciones administrativas ni, en un caso, se cumplieron los requisitos del art. 59.4 LRJAPyPAC para la notificación de una de ellas mediante edictos, pese a la pormenorizada relación, en el FJ. 4º de la sentencia de apelación, de los concretos folios en los que constan las notificaciones aludidas. El TSJ. de Aragón estima que lo relativo a la notificación a la recurrente de las resoluciones administrativas fue objeto de especial valoración, con concreta reseña de las notificaciones practicadas, lo que por sí solo es suficiente para la desestimación del motivo.

permite señalar su falta de fundamento. Consta a los folios 93, 107, 108, 109, 114, 117, 121, 122 y 132 de las actuaciones, el recibí estampado por Luz en el traslado y notificación de las resoluciones de desamparo, asunción de la guarda y tutela, de acogimiento residencial y de acogimiento familiar, así como solicitudes firmadas por Luz interesando la inscripción de nacimiento de su hijo en el Registro Civil y la celebración de visitas con el mismo".

⁴¹³ Art. 52 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón: “1. En los procedimientos para la declaración de la situación de riesgo o de desamparo, así como para la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección, se dará audiencia previa al menor si tuviere doce años cumplidos o suficiente juicio y, siempre que sea posible, a los padres o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar. 2. En los mismos casos, siempre que sea posible y en virtud de lo establecido en las normas de Derecho civil de Aragón, se oirá a la Junta de Parientes”.

Art. 53: “1. Las resoluciones que se adopten en el procedimiento de declaración de la situación de riesgo o de desamparo y en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección serán motivadas y deberán ser notificadas a los padres o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, e inscritas en el Registro de protección de menores. Siempre que no sea contrario al interés del menor, se les informará en el plazo de cuarenta y ocho horas, de forma presencial y de modo claro y comprensible, sobre las causas que dieron lugar a la intervención y los posibles efectos de la decisión adoptada por la Administración. 2. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, estará obligada a notificar al Ministerio Fiscal los ingresos de menores así como las resoluciones administrativas y escritos de formalización relativos a tutelas, guardas y acogimientos y cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. Se comunicará, al menos semestralmente, la situación del mismo al Ministerio Fiscal”.

En ocasiones, la ausencia de notificación de una resolución de desamparo a uno de los progenitores no ha sido considerada por la jurisprudencia como causa de anulación del expediente administrativo en la jurisdicción contencioso-administrativa. Así sucede en el caso enjuiciado por la SAP. de Málaga de 6 de mayo de 2005⁴¹⁴, en el que sí se había notificado al otro progenitor, y en estos casos, siempre prima el interés del menor frente al resto de los intereses en juego. En este caso, el derecho del padre a

⁴¹⁴ En el caso de la SAP. de Málaga de 6 de mayo de 2005 (JUR 2006, 31545), respecto de la cuestión formal, la relativa a la falta de intervención del padre de la menor en el expediente administrativo, dado que no se le ha notificado ni la incoación del procedimiento, ni ha sido oído durante el mismo, ni se le ha notificado la resolución, habiéndose conculcado con ello el trámite administrativo, es cierto que aunque nos encontremos ante una materia puramente administrativa, sin embargo, no puede obviarse por el tribunal civil la alegación ni el mínimo examen del cumplimiento por parte del Ente público del procedimiento administrativo seguido para declarar el desamparo; pero dicho análisis lo será de forma exclusiva en lo que afecta a lo que es objeto de competencia y protección del Juzgado de Familia; esto es el interés del menor, no el del padre, el cual, y en eso lleva razón el Juzgado de Instancia, sí considera que se han conculcado sus derechos puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en solicitud de la anulación del expediente administrativo; en dicho sentido, y puesto que nos hallamos ante una medida que afecta a un menor, el Juez determinará lo que sea más beneficioso para él, en concordancia con el carácter tuitivo y protector que respecto de los menores posee nuestra legislación civil, que hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico-privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (artículos 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla "*ex officio*" a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño -expresión ésta que se repite reiteradamente a lo largo del texto-, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño", declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En consecuencia, dado que en el procedimiento administrativo se ha examinado con diversos informes técnicos el círculo en el que vive la menor, que ha sido declarada en situación de desamparo, y puesto que también ha sido oída en el expediente administrativo la madre, que es con quien realmente convive y quien de hecho, mal o bien, se ha venido encargando de la guarda y custodia de la menor, es evidente que la ausencia de notificación al padre del expediente, en nada afecta a la declaración administrativa de desamparo, dado que la recurrente en ningún momento del expediente se ha referido a él, sosteniendo que es viuda y que vive de la pensión de viudedad que percibe, y que el padre no ha venido a visitarla y se ha despreocupado totalmente de su situación, sin perjuicio de que si él lo considera procedente acuda a la vía contencioso-administrativa por los posibles vicios del procedimiento.

ser oído y oponerse a lo actuado por la Entidad pública cede al de la menor que se encuentra en situación de desprotección hasta que interviene la Administración.

Indudablemente, la importancia práctica de la notificación radica en que, a partir de la misma, comienzan a correr los plazos que se establecen para formular la oposición a la resolución de desamparo.

Como pone de manifiesto la Circular FGE 8/2011, en el punto V, en el caso de las legislaciones autonómicas que prevén la posibilidad de dictar resoluciones de declaración provisional de desamparo o de tutela automática urgente como medidas cautelares previas a la resolución de declaración de desamparo y asunción de tutela automática y, en ambos casos, deberá entenderse que los plazos de impugnación para las acciones de oposición al desamparo y acciones de revocación del desamparo, reguladas en el art. 172 C.c. e interpretadas en la Circular FGE 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre⁴¹⁵, comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución por la que se asume la tutela con carácter urgente.

Por ello, para la aplicabilidad de tal previsión debe exigirse, en todo caso, la notificación de la resolución con información respecto de las posibilidades de impugnación. Y el Fiscal, en sus funciones de vigilancia de la actuación

⁴¹⁵ La Circular 1/2008, de 22 de diciembre, recoge que en la notificación, deberán aplicarse las disposiciones de los arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, y establece que el Fiscal deberá exigir que los intentos de notificación estén debidamente documentados en el expediente administrativo. También aclara la FGE en esta Circular que en las Comunidades Autónomas dónde se prevé la posibilidad de constituir una tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del expediente (como en el caso de Madrid, conforme a la Ley 6/1995, de 28 marzo, de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, art. 53 y Decreto 121/1988 del Consejo de Gobierno de la CAM, Regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, art. 10; Baleares, Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia, art. 69; Cantabria, Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia, art. 31.2; País Vasco, Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, art. 59.2; Castilla-La Mancha, Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor, art. 37.5) deberá entenderse que los plazos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente, sin perjuicio de que con posterioridad se dicte una nueva resolución en el procedimiento ordinario. Y en el caso que los padres no convivieran juntos, la resolución habrá de ser notificada a ambos, no pudiendo presumirse que la notificación efectuada a uno sólo de ellos tenga efectos frente al otro.

administrativa⁴¹⁶, debe supervisar tanto el contenido como la forma en que se realizan las notificaciones a los progenitores. Es necesario controlar la efectividad de la información que se les ofrece. Y recuerda el inciso final del apartado 1º del art. 172 C.c., según el cual, siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial.

1.4.- La ejecución de la resolución administrativa de desamparo y su problemática. En especial, la resistencia a la entrada en el domicilio para hacer efectiva la medida de protección acordada

Con base en lo expuesto hasta ahora, a pesar de la primacía que en este tipo de actos tienen las cuestiones civiles, al afectar a la situación de las personas, determinados aspectos concretos se rigen por normas administrativas. Estos elementos jurídicos secundarios, que deben ser tenidos en cuenta en esta materia, son los aspectos organizativos y competenciales, que se rigen por normas públicas.

Asimismo, no puede negarse la vigencia, en este ámbito, del principio de autotutela administrativa (esto es, la capacidad de imponer la decisión administrativa coactivamente, sin intervención judicial), a pesar de constituir la declaración de desamparo un acto administrativo de contenido civil, lo que también implica la aplicación de los principios que rigen la ejecución forzosa de los actos administrativos, como el principio de proporcionalidad conforme el art. 96 LRJAPyPAC. De otro modo, si la Administración no gozase de ese privilegio de autotutela, característico del Derecho Administrativo, para ejecutar sus propias resoluciones, carecería de potestad para llevar a término la resolución de desamparo sin intervención judicial. A este respecto, interesa destacar que algunas leyes autonómicas llegan a precisar

⁴¹⁶ El art. 4.1 EOMF dispone que el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de éstos cualquiera que sea su estado, o que se le remita copia de cualquier actuación, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando. También podrá acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial.

expresamente el carácter ejecutivo de la declaración de desamparo, como en el caso del art. 23.3 de la Ley andaluza de los Derechos y la Atención al Menor.

Teniendo en cuenta que la declaración de desamparo se considera un acto de naturaleza compleja, como lo califican, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ⁴¹⁷ y LÓPEZ AZCONA⁴¹⁸, ante una asunción de la tutela acordada por la Entidad pública y la necesidad de entrar en un domicilio particular para hacerse cargo del menor tutelado en ejecución del acuerdo adoptado, negándose los padres o personas que estén ejerciendo la guarda de hecho a entregar al menor, se plantea la cuestión de si resulta de aplicación el art. 8.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA), según el cual “*conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública*”, así como el art. 91.2 LOPJ, el cual se expresa en los mismos términos. Por consiguiente, debe ser el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo quien deba autorizar, en su caso, la entrada en el domicilio donde se encuentre el menor, en el caso que el titular del mismo no preste su autorización.

El antiguo art. 87.2 LOPJ (suprimido por la LO. 6/98, de 13 de julio y sustituido por el art. 91.2 LOPJ) encomendaba a los Jueces de Instrucción tal cometido y, precisamente, la FGE se mostró a favor de la aplicación de este precepto cuando estaba en vigor, en los casos donde se hacía necesaria la ejecución de una resolución de amparo, entendiendo que la ejecución del acto exigía la solicitud de un mandamiento de entrada en domicilio⁴¹⁹.

En este sentido, LÓPEZ AZCONA cita la STSJ. de Andalucía de 25 de septiembre de 2000⁴²⁰ conforme a la cual “*el Juzgado de lo contencioso-administrativo de instancia ha actuado impecablemente, puesto que el art. 8.5 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye la competencia para: «autorizar la*

⁴¹⁷ LÓPEZ LÓPEZ: “Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad”, cit. [LA LEY 2375/2004]

⁴¹⁸ LÓPEZ AZCONA: “La autorización de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, cit., pág. 1934.

⁴¹⁹ Memoria de la FGE del año 1991.

⁴²⁰ RJCA 2000, 1493.

entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública», por lo tanto dictada la resolución de desamparo conforme a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la autorización de entrada en domicilio corresponde en exclusiva a los Juzgados de lo Contencioso y no a la jurisdicción civil; ejecución de una medida precautoria que nada opone al control judicial de la resolución declaratoria de desamparo cuya revisión corresponde al Juzgado de Familia y la resolución que en su día dicte puede modificar sustancialmente la situación acordada por la Administración pero en tanto aquélla no se produzca, y constituya título ejecutivo autorizante de ésta u otras medidas de prevención, la competencia para acordar la entrada corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que deberá verificar si la orden de entrada está en consonancia y se ajuste a los fines del acto cuya ejecución se pretende y se respeta el principio de proporcionalidad, observaciones que en el presente caso se han cumplido sobradamente, quedando justificada la necesidad de la penetración en el domicilio de los implicados sin que ello signifique prejuzgar la acción de la Administración en cuanto a la declaración de desamparo”.

En cuanto a la competencia territorial, LÓPEZ AZCONA, se muestra favorable a la aplicación del art. 14.1.1ª LRJCA, según el cual es el Juzgado de la sede del órgano autor del acto, que, a su vez, coincide con el art. 779 LEC a efecto de la competencia territorial del Juzgado Civil competente en estos casos, que es el de la sede de la Entidad pública protectora⁴²¹.

Indudablemente, la principal problemática que se plantea en estos casos gira en torno a la resistencia de los padres u otras personas que conviven en aquel momento con el menor a entregarlo a la Administración, oponiéndose a que ésta proceda a entrar en el domicilio para hacer efectivas las medidas de protección.

En la actualidad, como hemos tenido ocasión de ver, son los Juzgados de lo Contencioso Administrativo los que ostentan la competencia para autorizar la entrada en un domicilio con el fin de proceder a la ejecución forzosa de un acto de la

⁴²¹ LÓPEZ AZCONA: *Op. cit.*, págs. 1934 a 1937.

Administración *ex art. 8.6 LRJCA*. Por tanto, cuando la Administración pública se vea impedida de entrar en un domicilio al objeto de hacerse cargo de un menor declarado en desamparo mediante resolución administrativa y, por tanto, bajo su tutela, deberá solicitar un mandamiento que autorice la entrada al Juez de lo Contencioso-Administrativo.

El Juez de lo Contencioso-Administrativo, al autorizar la entrada, también podrá establecer la forma en que deberá procederse a ejecutar la resolución administrativa de desamparo y adopción de las oportunas medidas de protección. En el momento de proceder a entrar en el domicilio para recoger al menor, la Administración deberá actuar de forma proporcionada y teniendo presente el interés del menor. Así, deberán adoptarse las cautelas y precauciones necesarias para no causar ningún tipo de perjuicio al menor. Además, deberá actuarse sin comprometer la reputación de su familia y, en todo caso, respetando el derecho de todos ellos a la intimidad.

En ciertos casos, la concesión de la autorización judicial se dilata en el tiempo, debido a que los Juzgados entran a revisar el acuerdo adoptado por la Administración, retardo en la ejecución de la resolución administrativa que puede producir perjuicios al menor que sufre una situación de desamparo. Por ello, debe advertirse que el Juez de lo Contencioso-administrativo, simplemente, debe limitarse a constatar que la resolución administrativa ha sido dictada por el órgano competente, que el acto aparece fundado en Derecho, que no se ha producido indefensión y que la ejecución de dicho acto requiere la entrada en el domicilio en el que habita en aquel momento el menor, debido a que las personas que conviven con él se oponen a que la Administración que tiene atribuida por ley la tutela se haga cargo del mismo.

La autoridad judicial deberá ponderar las circunstancias, de modo que, aunque no ha de actuar con un automatismo formal, tampoco puede entrar a conocer y revisar en dicho momento la legalidad intrínseca del acto administrativo de que se trate, actuación que corresponde únicamente al órgano judicial competente. En este caso, el Juez actúa simplemente como garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio, verificando la apariencia de legalidad del acto y la necesidad de proceder a la entrada para su ejecución.

Por otra parte, en la medida que la resolución administrativa mediante la cual se

declara el desamparo y aquélla por la que se adopta la consiguiente medida de protección pública es inmediatamente ejecutiva, aun cuando se precise la autorización judicial porque fuera necesaria la entrada en el domicilio, no es posible oponerse a la resolución judicial autorizando la entrada con fundamento en que se encuentra pendiente un proceso civil que tiene por objeto resolver un recurso frente a la resolución de desamparo.

Así, en el ATSJ. de Asturias de 30 de enero de 2001⁴²², el Tribunal conocía de un recurso de apelación interpuesto frente al Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo por el que se había autorizado a la Administración la entrada en un domicilio al efecto de ejecutar la resolución administrativa de desamparo y aplicar la medida de protección acordada, con fundamento en que se encontraba “*pendiente de resolución firme el expediente civil de jurisdicción voluntaria, lo que se decida en el dependerá la certeza o no del Auto ahora apelado*”. Pues bien, el Tribunal establece que el referido recurso no puede prosperar toda vez que la autorización judicial tiene como fundamento ejecutar lo resuelto en la resolución administrativa que tiene carácter ejecutivo⁴²³.

Destacable es la STSJ. de Castilla y León, Burgos de 10 de septiembre de 2004⁴²⁴, en la que se acuerda desestimar el recurso planteado por la Entidad pública (en

⁴²² RJCA 2001, 337.

⁴²³ DE PALMA DEL TESO: *La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la Administración*, cit. (VLEX-400135886; <http://vlex.com/vid/400135886>).

Acerca de la cuestión se pronuncian, recientemente, la STSJ. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 17 de marzo de 2014 (JUR 2014, 124207): “el hecho de que la resolución que declara el desamparo no sea firme y haya sido recurrida no implica que no proceda acordarse la autorización de entrada, pues la resolución administrativa es ejecutiva” (FJ. 7º) y la STSJ. de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 28 de julio de 2014 (JUR 2014, 251648): “asimismo es irrelevante el hecho de que la resolución de 26 abril de 2011 -para ejecutar la cual la Administración solicitó la autorización de entrada- no sea firme al estar recurrida, ya que ello no hace desaparecer el carácter ejecutivo de que goza la misma *ex art. 56 de la Ley 30/1992* y que permite a la Administración proceder incluso a su ejecución forzosa de conformidad con lo establecido en el art. 95 y concordantes del mismo texto legal” (FJ. 3º).

⁴²⁴ STSJ. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 10 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 264584): por la Comunidad Autónoma de Castilla y León se solicita la autorización de entrada a los Técnicos de la Sección de Protección a la Infancia de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Ávila en el domicilio de los padres, en el que conviven con los menores tutelados, para que, auxiliados por las Fuerzas de Orden Público, procedan a la recogida y traslado de los menores a la Unidad de Socialización de ASECAL en Salamanca, y ello en cumplimiento de la resolución de fecha 24 de marzo de 2004 por la que se declara en situación de desamparo a ambos menores, asumiendo la Junta de Castilla y León la tutela de los mismos.

En respuesta a dicha pretensión, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila deniega dicha autorización de entrada, sin perjuicio de que mencionada Administración pueda interesar lo que entienda pertinente del órgano jurisdiccional civil competente, y lo hace con base en los siguientes motivos:

1º).- Que a la resolución administrativa de desamparo de fecha 24.3.2004 se ha presentado por los padres el correspondiente escrito de oposición ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando su nulidad e ineficacia, por lo que por tal motivo la citada resolución no es plenamente eficaz.

2º).- Que por tal motivo el citado órgano jurisdiccional civil tiene atribuidas las competencias procesales sobre las incidencias que se susciten en dicho proceso.

3º).- Que no es conveniente que la Jurisdicción contencioso-administrativa con una supuesta autorización de entrada interfiera en las decisiones del órgano jurisdiccional civil, que es el que tiene las competencias materiales sobre la cuestión de fondo así la declaración legal de desamparo.

4º).- Y que siendo el caso de que el acto administrativo recurrido se inserta en un proceso que está siendo conocido por el Juez Civil y que el mismo puede adoptar todas las decisiones correspondientes respecto de la declaración legal de desamparo y el acogimiento de los menores y puede pronunciarse sobre su eficacia y todas sus incidencias, incluido la asunción anticipada del acogimiento antes de la respectiva resolución jurisdiccional definitiva, debe entenderse que corresponde la autoridad judicial a la que se refiere el art. 74 de la Ley autonómica de protección a la infancia, y que no es otra que la autoridad judicial civil a la que debe solicitarse que haga efectivas las medidas de protección administrativas decretas por la Administración.

(FJ. 2) - Frente a dicho auto se alza en apelación la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y ello con base en los siguientes motivos:

1º).- Que la solicitud de entrada en domicilio se enmarca dentro de la ejecución de un acto dictado por la Administración, concretamente la declaración de desamparo de los menores Augusto y Pablo de fecha 24 de marzo de 2.004, y que por ello la denegación solicitada desconoce la propia naturaleza del mismo acto que se pretende ejecutar.

2º).- Que la ejecución goza del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, de conformidad con lo establecido en los arts. 56 y 57 de la Ley 30/92, máxime cuando ha actuado la Administración en el ejercicio y ámbito de sus competencias.

3º).- Que por ello el órgano competente para resolver sobre la autorización de entrada solicitada corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, según lo establecido en el art. 8.5 de la LRJCA, y no al órgano jurisdiccional civil.

4º).- Que la impugnación ante el Orden Jurisdiccional Civil por los padres de mencionada declaración de desamparo es independiente del propio acto impugnado; y en el caso de que el órgano jurisdiccional civil acordase que los menores no se encuentran en situación de desamparo, la Administración debería resarcir los posibles perjuicios que se hubieran podido causar. En todo caso, insiste la apelante que la resolución administrativa y la autorización de entrada no interfiere en el proceso judicial civil.

(FJ. 3) .- Al recurso de apelación se opone el Ministerio Fiscal alegando lo siguiente: que el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos tiene excepciones;

Que la actuación administrativa que se pretende ejecutar debe ahora ser valorada por la Jurisdicción civil ante la impugnación habida, por lo que es esta Jurisdicción la que determina en última instancia si la resolución dictada por la Administración es o no ajustada a derecho, por lo que mientras tanto no debe concederse la autorización de entrada;

Que en materia de menores debe predominar el interés de éstos, sin que pueda mantenerse a ultranza el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos puesto que podrían causarse situaciones irreversibles o daños de difícil reparación, máxime cuando estamos ante menores de 16 años si se otorgara dicha autorización de entrada.

También se opone al recurso los padres de los menores con similares argumentos que el Ministerio Fiscal, insistiendo que la resolución administrativa de desamparo no es firme por haber sido impugnada ante la Jurisdicción Civil y porque de concederse la autorización podrían causarse perjuicios irreparables a los padres y menores; y además insiste dicha parte que a los padres no se les ha privado de la patria potestad sino que simplemente la Junta de Castilla y León se ha limitado a asumir la tutela con un acto administrativo que no se firme y que ha sido impugnado.

este caso, la CA. de Castilla y León), al denegarle el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la entrada en domicilio para recoger a unos menores sobre los que se había decretado una resolución de desamparo a la que ya se habían opuesto los padres por los trámites del 778 y 779 LEC, al considerar la Sala que corresponde a la Jurisdicción Civil y no a la Contencioso-Administrativa.

Entiende la Sala que, en todo caso, parece lógico y coherente, que encontrándonos en una materia tan sensible y delicada como es la relativa a protección de menores, sobre todo, cuando, por ejemplo en el caso de autos, la resolución administrativa lleva la suspensión de la patria potestad (tan distante en sus valores y principios de las materias administrativas clásicas), y encontrándonos ante la pretendida

(FJ. 4).- Planteados en dichos términos el debate del presente recurso de apelación, su resolución exige la reseña de las siguientes premisas:

Primero, que es cierto que la Administración goza del privilegio de ejecutividad de sus actos (arts. 56, 57 y 94 de la Ley 30/92), pero también lo es que tal privilegio presenta excepciones, como ya "a priori" reconoce dicha ley en los arts. 57, 111 y 138, entre otros muchos casos;

Segundo, que también es cierto que el art. 8.5 LRJCA, reconoce a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia para conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública, pero ello no implica que mencionada autorización de entrada deba concederse siempre y en todo caso o de manera automática por el mero hecho de encontrarnos ante la ejecución de cualquier acto administrativo;

Tercero, que también es verdad que la resolución de desamparo de fecha 24 de marzo de 2004, para cuya efectividad se pide la autorización de entrada, es una resolución administrativa, pero más importante que esto es que esta resolución se dicta en materia de protección de menores, desde el momento en que en la misma se declara la situación de desamparo de dos menores y la Junta de Castilla y León asume su tutela mediante la fórmula del acogimiento residencial y ello por aplicación del art. 172 del Código Civil, implicando ello la suspensión de los padres en el ejercicio de la patria potestad; es decir que lo relevante en este caso no es que se trate de un acto administrativo sino que se trata de una resolución dictada en el ámbito de protección de menores, donde debe primar el interés del menor y la reinserción del mismo en su propia familia según el art. 172.4 C.c. y no el interés público en que se ejecuten sin más los actos administrativos;

Cuarto, que pese a ser también cierta la realidad de dicha resolución de desamparo de fecha 24.3.2004, también lo es que la misma ha sido impugnada al amparo de los arts. 172.6 C.c., 779 y 780 de la LEC 1/2000, y art. 69 de la Ley 14/2002 de Protección a la Infancia, ante el Juzgado de Primera Instancia de Ávila, por lo que tal resolución no es firme, pudiendo los tribunales civiles resolver que no es conforme a derecho tal resolución y los pronunciamientos en ella contenidos; y

Quinto, que en todo caso tanto los padres, como los menores -ya de 16 años- se oponen a lo solicitado por la Junta, motivo por el cual la ejecución de la resolución recurrida con anterioridad a que pudiera ser declarada ajustada a derecho por la jurisdicción civil pudiera causar daños irreparables o de muy difícil reparación, tanto en los padres como en los menores.

Tampoco debemos olvidar, que inclusive el Ministerio Fiscal, que es la autoridad a quien le incumbe según el art. 174.1 C.c. "la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección" se opone a la autorización de entrada solicitada. Y no solo eso sino que además también en el art. 172.4 C.c. se recoge como principio que debe inspirar la actuación en protecciones de menores.

ejecución de una resolución administrativa de desamparo, que no es firme desde el momento en que le toca al Juzgado Civil resolver sobre la conformidad o no a derecho de tal resolución, y no a la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, es por lo que insiste la Sala en los argumentos de la resolución recurrida y en que parece lógico que sean los tribunales del orden jurisdiccional civil quienes no sólo deben adoptar las decisiones definitivas sobre la situación de desamparo de los menores, por ser de su competencia, sino que también su competencia alcanza a poder adoptar durante la tramitación del correspondiente procedimiento civil las distintas medidas que fueran convenientes y necesarias en orden a la protección de los menores. Por ello, de concederse la autorización de entrada solicitada, no ofrece ninguna duda que *de facto* el orden jurisdiccional contencioso-administrativo estaría interfiriendo en el desarrollo del proceso civil en el que se enjuicia la oposición de los padres de los menores a la resolución administrativa recurrida. En todo caso, la Junta de Castilla y León, en el caso de apreciar que la demora que pudiera provocar el desarrollo del juicio originase unos perjuicios en el ámbito de la protección de los menores, también está legitimada para instar del Juez Civil que conoce el anterior proceso la correspondiente y pertinente medida cautelar o de protección, como así ya lo anticipaba acertadamente el Juzgador de Instancia en la resolución recurrida.

No pone en duda la Sala la legitimidad de la actuación de la Junta y las buenas intenciones con la que actúa en cumplimiento de sus competencias y obligaciones en orden a la protección y tutela de menores en desamparo; sin embargo la sensibilidad y delicadeza que debe reinar en la actuación administrativa y judicial respecto de este tipo de materias, y los eventuales perjuicios que se pudieran derivar obliga a ser aún si cabe más cautos y prudentes, sobre todo cuando se encuentra pendiente la resolución definitiva sobre la situación de desamparo de una resolución judicial a dictar por el órgano jurisdiccional civil competente en la materia. En este caso, dicha cautela, y atendidas las circunstancias expuestas, obliga a tomar una decisión denegando la autorización solicitada y ello en espera a la resolución que, finalmente, dicten los Tribunales Civiles, y todo ello en aras a evitar la causación innecesaria de perjuicios de difícil reparación tanto a los menores como a sus padres.

Con lo cual, se presume que la ejecución forzosa de estas resoluciones no

siempre resulta fácil, de hecho, el Juez de lo Contencioso habrá de valorar y ponderar los intereses en juego, y en el caso que ya se haya iniciado la oposición judicial a la resolución de desamparo, será la Jurisdicción Civil quien acuerde la entrada en el domicilio, a instancia de la Entidad pública.

Como es sabido, la CE contempla, en su art. 18.2º, el derecho a la inviolabilidad del domicilio entre los derechos fundamentales y dispone que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio constituye, pues, un límite a la autotutela ejecutiva o privilegio de ejecutividad de los actos administrativos. De otro modo, la ejecución de la resolución de desamparo mediante la correspondiente autorización de entrada domiciliaria por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo plantea la posible vulneración o no del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado por el art. 18.2 CE.

¿Qué requisitos o cautelas ha de reunir necesariamente el auto judicial que autorice la entrada domiciliaria a fin de no lesionar o restringir lo menos posible el derecho a la inviolabilidad del domicilio?

El TC. ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la posible vulneración del domicilio en aquellos supuestos en que los padres de un menor, que ha sido declarado en situación de desamparo por la Entidad pública competente en materia de protección de menores, se niegan a entregarlo voluntariamente para que sea ingresado en un centro de protección. CABEDO MALLOL⁴²⁵ destaca el contenido de la STC. de 13 de septiembre de 2004⁴²⁶, la cual entró a examinar si un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid, que había autorizado la entrada en el domicilio de la recurrente de amparo para ejecutar el Acuerdo de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid que había declarado la situación de desamparo de sus cuatro hijos, vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

⁴²⁵ CABEDO MALLOL, Vicente: “La jurisprudencia del tribunal constitucional. Cuestiones de fondo”, en *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, Madrid, 2008 [LA LEY 14582/2010].

⁴²⁶ RTC 2004, 139. Reproducen la doctrina constitucional contenida en dicho pronunciamiento del TC., entre otras, la STSJ. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 17 de marzo de 2014 (JUR 2014, 124207), que establece, con claridad, la necesidad de distinguir entre el recurso contra la resolución administrativa de desamparo y asunción de tutela legal del recurso contra el Auto del Juez competente que autoriza la entrada en el domicilio a falta del consentimiento del titular del mismo.

La recurrente en amparo sostenía que el Auto del Juzgado no cumplía con las exigencias establecidas por la jurisprudencia constitucional, puesto que carecía de toda referencia al período de duración y tiempo en que podía llevarse a cabo la entrada en el domicilio.

Por su parte, el Ministerio Fiscal se pronunciaba a favor de la estimación del recurso, aduciendo, además de la falta de precisión temporal, que la referida resolución judicial no justificaba la necesidad de la entrada en el domicilio, no habiéndose, por tanto, ponderado los intereses en conflicto, de ahí que, para el Fiscal, dicha resolución resultaba inmotivada y lesiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Por el contrario, la Letrada de la Comunidad de Madrid, que representaba a la Comisión de Tutela del Menor de dicha Comunidad, mantenía que el Auto impugnado respetaba el derecho a la inviolabilidad del domicilio, oponiéndose a la estimación del amparo.

El TC., antes de entrar a analizar el supuesto objeto del recurso de amparo, comenzó su fundamentación recordando su doctrina con relación a los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio. En primer lugar, precisó que *“el Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo», debiéndose limitar «únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúan tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto». Por tanto, es preciso «que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada”* (FJ. 2).

El Juez, antes de otorgar la referida autorización, según el Alto Tribunal, deberá comprobar: que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad; que la entrada en el domicilio es necesaria para la ejecución del acto; y que dicha entrada en el domicilio se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias.

Junto a estas exigencias, habrán de *“precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de duración”* (FJ. 2).

Aplicando esta doctrina al supuesto concreto del recurso de amparo, el TC. entendió que el órgano judicial no había exteriorizado *“la ponderación de los distintos derechos o intereses que pueden verse afectados”*, resultando el contenido del Auto tan genérico *“que podría utilizarse para casos muy diferentes”*. Además, tampoco se había *“razonado ni siquiera mínimamente respecto de la inexistencia de otros medios que siendo bastantes para la efectividad de la medida fueran menos gravosos para el derecho fundamental reconocido en el art. 18.2 CE”* (FJ. 3).

El Auto impugnado, a todas luces, carecía de motivación alguna, al no expresar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se iba a imponer al derecho a la inviolabilidad del domicilio y la finalidad perseguida, que no podía ser otra que la protección y el interés de los menores. Tampoco hacía referencia alguna a la idoneidad de la medida y su necesidad. Por todo ello, el TC. consideró que la autorización no cumplía la función de garantía que constitucionalmente le corresponde, habiéndose vulnerado, consiguientemente, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto al alcance del otorgamiento del amparo solicitado, para la recurrente, la estimación del mismo debería comportar la devolución de sus hijos al domicilio en el que se encontraban, que era el de sus abuelos maternos, antes de que fueran trasladados a un centro de acogida. Por contra, el Ministerio Fiscal consideraba que el otorgamiento del amparo debería limitarse a anular el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que autorizó la entrada en el domicilio indicado y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ. de Madrid que, en su día, lo confirmó.

El TC. siguió el criterio de la Fiscalía y limitó el alcance del otorgamiento del amparo al reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la demandante y a la declaración de nulidad del Auto y de la Sentencia objeto del recurso. En su opinión, la pretendida devolución de los menores es una actuación ajena al ámbito de protección que garantiza el art. 18.2 CE, añadiendo que el acuerdo por el que se declaraba en situación de desamparo a los menores se asumía su tutela por la Comunidad de Madrid y se acordaba su ingreso en un centro de protección, no era objeto de la impugnación propia del amparo y que la situación jurídica declarada por el referido acto administrativo no se veía afectada por la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio (FJ. 4°).

Si bien esta argumentación del TC. hubiera bastado para justificar la no devolución de los menores al domicilio de los abuelos maternos en el que se encontraban antes de que fueran trasladados a un centro de acogida, el TC., amparándose en el hecho de que el art. 55 LOTC permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en atención a las circunstancias del caso, entra a valorar la propia situación de desamparo de los menores. En concreto, afirma que *“ha de tenerse en cuenta que el informe de la trabajadora social pone de relieve la existencia de malos tratos a los menores en el domicilio familiar, sobre todo al mayor D., de 8 años, que presenta una minusvalía psíquica del 48 por 100 y del que constan partes médicos de lesiones”*. En opinión de CABEDO MALLOL, el TC. no debió entrar a realizar dicha valoración, puesto que el mismo Tribunal recuerda *“que no le es dado el control de la legalidad del acto que declara la situación de desamparo de menores”* (FJ. 4). Por tanto, cae en contradicción el Alto Tribunal, pues, claramente, está valorando la legalidad del referido acto administrativo, valoración que le va a servir para concluir, manifestando inmediatamente antes del fallo de la Sentencia, que *“en nuestra respuesta ha de tenerse en cuenta no sólo las exigencias del derecho a la inviolabilidad del domicilio sino también el interés de los menores”* (FJ. 4)⁴²⁷.

II.- EFECTOS INMEDIATOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

La resolución administrativa mediante la que se declara a un menor en situación de desamparo, como ya se ha dicho, tiene la peculiaridad de producir efectos no sólo de naturaleza pública, como es la protección por parte de la Administración de los menores privados de asistencia moral y material para proporcionarles las condiciones básicas necesarias para su desarrollo integral, así como garantizarles sus derechos, sino también de naturaleza privada o civil⁴²⁸.

⁴²⁷ CABEDO MALLOL: “La jurisprudencia del tribunal constitucional. Cuestiones de fondo”, cit. [LA LEY 14582/2010].

⁴²⁸ Para LÓPEZ LÓPEZ: “Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad”, cit. [LA LEY 2375/2004], “la declaración de desamparo es una resolución administrativa que trasciende los límites propios del Derecho público para adentrarse en la esfera del Derecho privado, pues nos

La primera consecuencia y principal efecto derivado de la resolución administrativa de desamparo es la atribución a la Administración competente, de manera automática u *ope legis*, de la tutela del menor. Una vez la Administración declara a un menor desamparado, la propia Ley le encomienda la asunción automática de funciones tutelares.

A su vez, la atribución legal de la tutela del menor desamparado a la Administración produce, también de manera automática o *ex lege*, efectos que pueden calificarse de naturaleza privada o civil: la suspensión de la patria potestad o, en su caso, de la tutela civil u ordinaria. A partir de este momento, la Administración deviene responsable de la guarda del menor y, por tanto, es titular de los deberes y facultades inherentes a la misma.

Así, una vez la Administración tiene atribuida la tutela de un menor desamparado, cuenta con el título que la legitima para adoptar en interés del menor las medidas de protección más convenientes. La tutela sería, pues, el título jurídico que legitima a la Administración para intervenir como tal (como poder público) en un ámbito naturalmente privado, incidiendo en el derecho a la vida familiar reconocido a los padres o tutores y al propio menor, con el fin de adoptar determinadas medidas de protección frente a un menor en situación de desamparo.

Por ello, en el AAP. de Tarragona de 23 de octubre de 1997⁴²⁹, el Tribunal afirma que la adopción de medidas de protección “*presupone la declaración de desamparo*” y la consiguiente tutela de la Administración. En el supuesto a que se refiere el Auto, el JPI había considerado que no existía situación de desamparo y, sin embargo, había fijado una medida de protección prevista en el marco de la tutela, lo cual es criticado por la AP.

Precisamente, por constituir la tutela el título jurídico que legitima a la Administración a intervenir, ciertos legisladores autonómicos han previsto como medida cautelar, incluso antes de iniciar el procedimiento, la declaración provisional de

encontramos ante un acto administrativo que incide sobre el estado civil de las personas, desde el momento que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 172.1 C.c., lleva aparejada la asunción de la tutela automática o *ex lege* por la Administración y la correlativa suspensión -que no extinción- de la patria potestad”.

⁴²⁹ AC 1997, 2277.

desamparo, con el fin de que la Administración cuente con la habilitación que le permita adoptar las medidas que aseguren al menor la asistencia y protección urgente que necesite, como ya tuvimos ocasión de señalar. De este modo, cuando se conozca de una situación de inminente peligro para la integridad del menor, se le deberá prestar de inmediato el auxilio que precise, adoptando las medidas necesarias.

El legislador no arbitra como medida cautelar una concreta medida de protección, sino la declaración provisional del desamparo y la consiguiente atribución de la tutela a la Administración, pues éste es el título que habilita para intervenir en el entorno familiar del menor, para incidir en el derecho a la vida familiar. Debe tenerse en cuenta que las medidas de protección que la Administración puede adoptar en el marco de la tutela administrativa implican la separación del menor de su familia.

La tutela de la Administración supone, como se ha dicho, que ésta deviene legalmente responsable de la guarda del menor. Sin embargo, la Administración no ejerce por sí misma la guarda sino que, al establecer la medida de protección y constituir el acogimiento familiar o residencial, delega el ejercicio de las funciones legales inherentes a la guarda en la familia de acogida (que podría ser la familia extensa) o en el Director del centro residencial; la Administración, en tanto titular de la tutela y, por tanto, de la guarda del menor, es responsable de vigilar, controlar y colaborar con las personas que la ejercen en su nombre.

Por todo ello, los Tribunales han declarado que, constanding vigente una resolución administrativa de desamparo y adopción de medidas de protección, no contradicha judicialmente o, estando en curso el correspondiente proceso de oposición, no pueden los Juzgados y Tribunales que tienen de ello noticia adoptar ningún tipo de pronunciamiento relativo a guarda y custodia en sede de procesos de crisis familiar... y, caso de haberlo adoptado por falta de conocimiento del expediente de protección, su decisión es inoponible frente a la Administración y a los acogedores en su caso. En consecuencia, mientras perdura la tutela administrativa, quedan sin efecto las medidas judiciales que hubieran podido adoptarse en el marco de un proceso judicial de crisis matrimonial, relativas a la patria potestad, guarda y custodia o régimen de visitas⁴³⁰.

⁴³⁰ En este sentido, la SAP. de Barcelona de 30 de diciembre 2002 (JUR 2003, 65238) y las citadas por ésta.

En el ejercicio de la tutela, la Administración actúa, insistimos, en su condición de poder público y, por tanto, con las prerrogativas que la caracterizan. Sin embargo, una parte de la doctrina civil ha calificado la tutela administrativa de los menores desamparados como institución civil, por el simple hecho de haber sido regulada por el legislador estatal en el C.c. En realidad, los únicos efectos civiles que derivarían *ope legis* de la resolución administrativa de desamparo son la suspensión de la patria potestad o la tutela civil u ordinaria.

Precisamente, estos efectos civiles derivados de la atribución legal de la tutela a la Administración y la clara incidencia de esta institución jurídico-pública en las relaciones familiares privadas explicarían la atribución al orden jurisdiccional civil de la competencia para conocer los recursos interpuestos frente a las resoluciones administrativas declarando al menor desamparado y las adoptadas en el marco de la tutela. Los recursos frente a estas resoluciones administrativas están previstos, fundamentalmente, en garantía de las facultades o potestades de los padres o tutores. En realidad, en este ámbito se echa de menos el establecimiento de técnicas dirigidas a garantizar, de modo eficaz, el derecho de los menores a ser protegidos por la Administración, en especial, cuando se encuentran en situación de desamparo y, por tanto, los cauces para reaccionar frente a la inactividad administrativa. Las técnicas de control de la actuación de la Administración parecen concebidas desde la perspectiva de los padres o tutores, que verían afectado su derecho a la vida familiar, y no desde la perspectiva del propio menor y la garantía de su derecho a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas cuando padecen una situación de riesgo o desamparo⁴³¹.

La principal consecuencia que implica la declaración de desamparo es, ya se ha dicho, la suspensión de la patria potestad. Desde un punto de vista formal, la suspensión no es objeto de regulación en el marco normativo actual. Es cierto que en el articulado del C.c. se hallan referencias a la suspensión de la patria potestad. En concreto, en el art. 94.1 C.c. se prevé que el derecho por parte del progenitor que no tenga consigo a los menores o incapacitados de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía

⁴³¹ DE PALMA DEL TESO: “*La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la Administración*”, cit., págs. 315 a 318 (VLEX-400135886; <http://vlex.com/vid/400135886>).

puede ser limitado o “*suspendido*” por el juez si se dieran graves circunstancias o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por una resolución judicial; asimismo, en el art. 161 C.c. se establece el derecho de los padres, abuelos y demás parientes a visitar y relacionarse con el menor acogido, puede ser regulado o “*suspendido*” por el juez atendiendo a las circunstancias del menor.

Con todo, el análisis normativo debe partir del examen de lo dispuesto en el art. 172 C.c., el cual contempla la suspensión administrativa del ejercicio de la patria potestad, que no la extinción de la misma, la cual, como ya se puso de manifiesto en el Tema Preliminar, es definitiva e irreversible.

Además, es sabido que la patria potestad encierra un doble contenido, uno de carácter personal, y otro de carácter patrimonial. Así se deduce del art. 154 C.c. cuando señala que la patria potestad comprende velar por los, hijos tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representarlos y administrar sus bienes. Pues bien, en cuanto al alcance de la suspensión administrativa de la patria potestad, resulta decisivo lo establecido en el inciso final del párrafo. 3º del art. 172.1 C.c.: “*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*”.

Considera LÓPEZ SUÁREZ⁴³² que, a primera vista, la suspensión de la patria potestad que surge como consecuencia de la tutela *ex lege* incide con carácter general tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. Y cabría entender también que, por medio del inciso final de este precepto, se está introduciendo una excepción a la regla general al considerar que los titulares de la misma podrán llevar a cabo actuaciones de carácter patrimonial en representación del menor siempre y cuando fuesen beneficiosas para él.

Sin embargo, este autor también le encuentra otra lectura al contenido del art. 172.1, párrafo 3 C.c. En concreto, podría afirmarse que el C.c. contempla ahora un contenido mínimo de la tutela administrativa, de tal modo que las funciones de índole

⁴³² LÓPEZ SUÁREZ: “Consideraciones sobre la suspensión administrativa de la patria potestad”, cit., págs. 543 a 560.

patrimonial, pese a haberse producido la suspensión de la patria potestad, siguen estando, a pesar de dicha suspensión, residenciadas en los titulares de la patria potestad, en tanto las mismas beneficien a los menores; en caso contrario, sería la Entidad pública tutelante quien asumiría tales funciones.

Sin embargo, LÓPEZ SUÁREZ llega a la conclusión de que es otra la solución a la que debe llegarse. Teniendo en cuenta los términos del precepto, es indiscutible que la suspensión de la patria potestad incide directamente sobre el ámbito personal de ésta.

En cuanto al contenido patrimonial de la patria potestad, el citado autor compara el tratamiento que de ello se hace en Andalucía y Navarra. En el primer caso, el art. 34.4 del Decreto 42/2002 establece que *“en el caso de que los menores tutelados tuvieran bienes, se procederá a la elaboración de un inventario, y se promoverá el nombramiento judicial de un tutor de tales bienes cuando resultare conveniente por la naturaleza o el volumen de éstos”*. En cambio, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Infancia y Adolescencia de Navarra, en su art. 65.3, propugna que *“la constitución de la tutela administrativa conlleva la atribución al órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral de las funciones de contenido personal, de representación legal y de administración patrimonial sobre el menor establecidas en la legislación civil”*.

Llegado a este punto, el autor pone en relación el tema de la tutela *ex lege* y de la suspensión de la patria potestad con la normativa que regula el acogimiento familiar, en concreto, el art. 172.3 C.c., según el cual la guarda asumida por la Administración, como función de la tutela *ex lege*, se realizará mediante acogimiento. El contenido de la guarda, a través del acogimiento, incide sólo en los aspectos personales de la patria potestad y si, en el momento que se constituya un acogimiento familiar permanente, la Entidad tutelante solicita al Juez que atribuya a los acogedores las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, parece evidente que el contenido de tales facultades ha de estar referido a la representación y administración de los bienes del menor y que las mismas no están residenciadas en la Administración que promueve el acogimiento.

En base a todo lo anterior, LÓPEZ SUÁREZ concluye que el contenido de la suspensión de la patria potestad afecta únicamente a los aspectos personales de la

misma, quedando fuera el concepto patrimonial⁴³³, conclusión ésta que nosotros compartimos.

Una cuestión que se podría plantear es si suspendida la patria potestad, también lo está la obligación de alimentos impuesta por ley a los padres para con los hijos.

Al respecto se pronunció al AAP. de Vizcaya de 22 de enero de 1998⁴³⁴, que enjuició un caso en el que la Diputación Foral de Vizcaya, a la que incumbía por ministerio de ley la tutela de dos menores en situación de desamparo ejercitó acción contra el progenitor reclamándole una cantidad en concepto de pensión alimenticia. El JPI. desestimó la demanda con base en que la mayoría de edad de uno de los hijos del demandado y en los medios económicos de la entidad reclamante, quien recurre en apelación. La AP., en el FJ. 2º de su Auto, considera que *“al efecto de la exigibilidad y cuantificación de la obligación alimenticia impuesta por la Ley a los padres para con los hijos, son indiferentes los medios económicos de los que pudiera disponer el tutor puesto que éste formula la reclamación en su condición de representante legal del menor (art. 267 C.c.) y en cumplimiento de su obligación legal de procurarle alimentos (art. 269.1), siendo igualmente irrelevante, para la exigibilidad de la obligación alimenticia de los padres para con los hijos la circunstancia de haberse sido suspendida la patria potestad, pues dicha obligación subsiste en todo caso (arts. 39 CE y 142 C.c.)”*, de modo que estima parcialmente el recurso, reconociendo a la Diputación Foral el derecho a reclamar el cobro de las mensualidades vencidas desde la fecha de interposición de la demanda hasta la mayoría de edad del otro hijo.

En resumen, los efectos de la declaración de desamparo consisten en que la Administración asume, de forma automática o por ministerio de la Ley, la tutela del menor, como consecuencia de lo cual se le retira a los padres la función de guarda y, a su vez, se le suspende la patria potestad. Dado que los menores han pasado a la tutela de la Administración, es ésta quien se encarga de ejercer la guarda y custodia mediante la figura del acogimiento en sus distintas modalidades.

No resulta suspendida la obligación alimenticia de los progenitores hacia sus hijos menores de edad.

⁴³³ LÓPEZ SUÁREZ: *Op. cit.*, págs. 545, 549, 552 a 555.

⁴³⁴ AC 1998, 4205.

Al mismo tiempo, y siempre que ello no sea perjudicial para los menores, se establece un régimen de relaciones personales entre los menores y sus familiares, el cual pasamos, a continuación, a abordar.

Y, por último, comienzan a correr los plazos para que la familia biológica inicie los trámites de oposición contra la Administración, los cuales van encaminados a la recuperación de todos los derechos que se ha atribuido la Administración.

III.- EL RÉGIMEN DE LAS RELACIONES PERSONALES TRAS LA DECLARACIÓN DEL DESAMPARO. EL RÉGIMEN DE VISITAS DEL MENOR BAJO LA TUTELA *EX LEGE* DE LA ADMINISTRACIÓN

Conforme lo dispuesto en el art. 9.3 de la Convención de NNUU de 1989, los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

Al dictar la resolución de desamparo, dentro del contenido de la misma se debe establecer un régimen de relaciones personales, si bien no encontramos ningún precepto en el que se regule de forma individualizada el documento regulador de relaciones personales que han de establecerse cuando el menor es separado de su familia ante una situación fáctica de desamparo.

Es el art. 173.2.3° a) C.c. el que, al regular el documento de formalización del acogimiento familiar, recoge, como contenido del mismo, la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido. Sin embargo, las relaciones familiares no sólo se establecen por escrito al formalizar el acogimiento familiar, sino que al considerarse un derecho del menor separado de sus padres, el relacionarse con ellos, debe procurarse, siempre que ello no sea perjudicial para el menor, fomentar unas visitas supervisadas por la Entidad pública. En ese sentido, teniendo en cuenta que el desamparo da lugar a la tutela *ex lege* y la consiguiente retirada a la familia natural de la guarda y custodia del menor, es dentro de la propia resolución de desamparo o en un documento adjunto a la misma, donde debe constar el régimen de visitas aplicable mientras se mantenga esta situación. Así lo entiende la Circular FGE 8/2011 sobre criterios para la unidad de

actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores en su apartado VI, que establece que “*un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que desde el primer momento en que la Entidad pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte*”.

En la citada Circular 8/2011, la FGE pone de manifiesto que los padres son titulares del *ius visitandi* aunque no ejerzan la patria potestad siempre que conserven su titularidad, como sucede en los supuestos de imposibilidad o incapacidad (art. 156 párrafo 4.º C.c.), o cuando el hijo convive con uno solo de sus progenitores (art. 156 párrafo 5.º C.c.); no así en los supuestos de privación total por sentencia judicial del art. 170 C.c., que excluye no sólo el ejercicio sino también la titularidad, en tanto no proceda su recuperación en virtud de una nueva resolución judicial. Al abordar las relaciones entre los progenitores y el menor sometido a tutela *ex lege* a la que da lugar la declaración de desamparo, se presume que estamos ante supuestos en los que los padres, por regla general, siguen siendo titulares aún de la patria potestad, aunque su ejercicio esté suspendido (arts. 172, 160 y 161 C.c.). Por otro lado, el art. 172.4 C.c., al regular la tutela automática y la guarda, establece que 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. De este modo, se pretende evitar el desarraigo, y, siempre que sea posible, se establecerá un régimen de visitas.

En la Circular FGE 8/2011 se completa el marco legal aplicable a las relaciones personales con lo dispuesto en los arts. 160 y 161 C.c. El primero de los preceptos citados establece que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Por su parte, el art. 161 C.c. dispone que, tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del

menor. No obstante, la FGE pone de manifiesto la ambigüedad del art. 161 C.c., al recoger en la citada Circular que, del tenor literal del precepto, podría entenderse que, en todo caso, la competencia tanto para suspender como para, simplemente, regular las visitas radica en la autoridad judicial.

Algunas Leyes autonómicas han desarrollado la regulación del régimen de visitas de menores tutelados. Entiende la FGE en este Instrumento que las regulaciones autonómicas en esta materia adoptan posiciones divergentes, moviéndose entre la posición tendente a la administrativización de la decisión (art. 116 LDOIA de Cataluña⁴³⁵ y art. 39 Decreto 42/2000, de 9 de junio, de familia, infancia y adolescencia de Galicia⁴³⁶) y la de judicialización de la misma (como es el caso del art. 13.3 Decreto andaluz⁴³⁷), no faltando las que se mueven en una zona de ambigüedad, quizá derivada

⁴³⁵ Art. 116: “1. La declaración de desamparo y la adopción posterior de una medida de protección no debe impedir la comunicación, la relación y las visitas del niño o el adolescente con sus familiares, salvo que el interés superior del niño o el adolescente haga aconsejable su limitación o su exclusión.

2. Salvo en el caso de que se haya acordado el acogimiento preadoptivo y que sea firme, la resolución que dispone, limita o excluye el régimen de relación y visitas o la desestimación por silencio en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la solicitud es impugnabile ante la jurisdicción civil, en los términos establecidos por la Ley de enjuiciamiento civil, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación o de la desestimación presunta por silencio y sin necesidad de reclamación previa por la vía administrativa, a fin de salvaguardar siempre el interés superior del niño o el adolescente.

3. El órgano competente de la Generalidad en la supervisión de la relación y las visitas del niño o el adolescente con sus familiares tiene la obligación de procurar los mecanismos necesarios para que la visita tenga lugar en los horarios más adecuados de acuerdo con el interés del niño o el adolescente, teniendo en cuenta especialmente su horario escolar”.

⁴³⁶ Art. 39: “1. El menor separado de sus padres tendrá derecho a relacionarse con estos, excepto si fuese adoptado por otros o cuando así se acuerde por resolución judicial. En el caso de un menor tutelado por la delegación provincial, ésta podrá regular las condiciones del ejercicio de ese derecho atendiendo al interés del menor, y si hubiese oposición de los padres, resolverá el juez, oído el Ministerio Fiscal.

2. Si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja, la delegación provincial podrá suspender cautelarmente el derecho de relacionarse con sus padres comunicándole la resolución inmediatamente al Ministerio Fiscal, a los efectos correspondientes.

3. Respecto a los demás parientes y allegados, no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre éstos y el menor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160 del Código civil”.

⁴³⁷ Art. 13: “1. Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores, parientes y allegados, tanto de forma directa como a través de medios orales y escritos. Se procurará, especialmente, mantener la convivencia entre los hermanos y preservar sus vínculos afectivos. 2. A tal efecto se suscribirá por los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años, un documento que regule el ejercicio del derecho de visitas, en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones. En caso de desacuerdo, podrá solicitarse su regulación mediante resolución judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 3. La Administración de la Junta de Andalucía instará judicialmente, previo informe del equipo técnico correspondiente y con audiencia de los menores, la supervisión, limitación e incluso suspensión de las relaciones de éstos con sus padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, cuando les cause un perjuicio físico o psíquico. 4. Mientras se resuelve judicialmente la solicitud de regulación, supervisión, limitación o suspensión de las relaciones personales de los menores con sus

de la propia redacción del art. 161 C.c., según expone la FGE (art. 86 Ley 14/2002 de 25 de julio de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León⁴³⁸).

Considera la FGE en la citada Circular 8/2011 que, en efecto, es necesario convenir la posibilidad de que la regulación de las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica se acuerde por la propia Entidad pública, a fin de garantizar el éxito de la medida de protección adoptada, conforme al superior interés del menor. Ello debe coherenciarse con las previsiones del art. 161 C.c., lo que deriva en que, junto a la competencia que tienen los juzgados y tribunales para fijar el régimen de visitas del menor declarado en desamparo con los parientes y allegados, concurre la habilitación genérica de la Entidad pública para que fije el régimen o lo suspenda hasta tanto recaiga una resolución judicial en sentido contrario.

Y pese a la redacción literal del art. 161 C.c., la FGE, en la citada Circular, entiende que existen poderosos argumentos para reconocer la competencia, a estos efectos, de la Entidad pública: ésta tiene la obligación de velar por el menor y si está facultada para la más trascendental decisión jurídica en relación con la patria potestad (suspenderla y separar a los hijos de sus progenitores) con mayor razón deberá tener la posibilidad de determinar el régimen de visitas, limitarlo o, incluso, impedir las relaciones que resulten perjudiciales (argumento *a maiori ad minus*).

Así las cosas, según la FGE, el tenor literal del art. 161 C.c. autoriza al Juez a regular o suspender el régimen de visitas pero no le atribuye tal habilitación con carácter exclusivo o en régimen de monopolio. De este modo, debe considerarse a la Entidad pública habilitada para decidir sobre el régimen de visitas, quedando a salvo el

padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, la Administración de la Junta de Andalucía adoptará las medidas cautelares necesarias en interés de los menores”.

⁴³⁸ Art. 86: “1.- La guarda de un menor regulada en esta Sección se llevará a cabo en los términos y mediante las figuras previstas en la legislación vigente;

2.- El ejercicio de la guarda conllevará una intervención individualizada sobre cada menor que se llevará a cabo en colaboración activa con el personal técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma y en el marco del correspondiente Plan de Caso; (...);

5.- Durante ese tiempo y si conviene a su interés, se procurará que las relaciones familiares y sociales del menor sufran las menores alteraciones, manteniéndole lo más cerca posible de su entorno y atendiendo en todo momento a su reintegración en la propia familia de origen, comunicando de inmediato al Ministerio Fiscal, y al Juez para su aprobación, cualquier limitación de tales relaciones que, en función del Plan de Caso, pudiera acordarse; (...); 9.- Cualquier variación de la forma de ejercicio de la guarda, incluido el traslado de centro, será acordada motivadamente, previa audiencia del menor, así como de la familia en su caso, y notificada a los padres o tutores, y comunicada al Ministerio Fiscal y a la Autoridad judicial cuando la hubiera acordado”.

preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquella y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal⁴³⁹. Dicha interpretación tendría, además, su apoyo en la regulación contenida en la LEC en materia de reclamaciones frente a resoluciones de las Entidades públicas en materia de protección de menores, pues el párrafo primero del art. 779 LEC, al fijar el ámbito de estos procedimientos, se refiere genéricamente a aquéllos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Por tanto, el Legislador somete al régimen jurídico previsto en el Capítulo V del Título Primero del Libro IV de la LEC (de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción) también las decisiones que pueda adoptar la Entidad pública en el ámbito de protección en relación con el régimen de visitas de los padres biológicos de menores declarados en desamparo.

La misma conclusión extrae el FGE en esta Circular 8/2011, del tenor del art. 174.2 C.c.⁴⁴⁰, cuando establece con gran amplitud los extremos que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal en relación con sus funciones de superior vigilante de las actuaciones en materia de protección.

⁴³⁹ Vid. AA. de la AP. de Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003, 276104); 31 de mayo de 2005 (JUR 2005, 265519) y 19 de marzo de 2007 (JUR 2007, 272804), pronunciamientos que recogen que la suspensión del régimen de relaciones familiares, sin oposición de los afectados por la resolución administrativa o del Ministerio Fiscal, resulta plenamente ejecutiva sin necesidad de pronunciamiento judicial que la ratifique. De ahí que la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria instado por la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social con invocación del art. 13.3 del Decreto de 12 de Febrero de 2002 de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa en desarrollo de la Ley Andaluza 1/1998 de 20 de Abril de Derechos y Atención al Menor y encaminado a obtener la confirmación judicial de la decisión administrativa de suspender las relaciones personales de un menor declarado en situación de desamparo, con sus padres biológicos, resulta improcedente al carecer de objeto y no concurrir causa que justifique la intervención judicial. Se entiende que esta actividad entra dentro de la competencia que ostenta la Entidad Pública de protección en orden a adoptar las medidas que repute necesarias en interés del menor, sin perjuicio del preceptivo control judicial de la actuación administrativa cuando los interesados a quienes afecte expresen su disconformidad y se opongan a ella y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.

⁴⁴⁰ Art. 174.2 C.c.: “A tal fin, la Entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante la Juez las medidas de protección que estime necesarias”.

Habrán de ser los padres que se crean perjudicados por la decisión administrativa (denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas o la que acuerde la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido) quienes la impugnen ante el juez civil. Además, habrá de admitirse la legitimación de abuelos, familiares o allegados para solicitar de la Entidad pública el reconocimiento del derecho de visitas y la posibilidad de formular oposición ante la denegación expresa o presunta.

También, respecto de las resoluciones relativas a la determinación por la Entidad pública del régimen de visitas, será aplicable el plazo previsto por el art. 780.1, pfo. 2º LEC, según el cual *“la oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores”*, teniéndose en cuenta el plazo de dos años previsto por el art. 172.7 C.c. cuando se produzca un cambio de las circunstancias en relación a las medidas que se adopten para la protección del menor, entre las cuales, se encuentra el régimen de visitas.

Sólo en los casos en los que se considere fundadamente irreversible la situación de la situación familiar que ha dado origen al desamparo, puede y debe ceder el derecho de relación familiar, en la medida que su ejercicio perjudique otras vías de protección estable que impliquen desvinculación definitiva (p. ej. en el caso del acogimiento preadoptivo).

Como conclusiones, establece el punto XV. 5 de la Circular FGE 8/2011 que:

1ª. Debe reconocerse la competencia de la Entidad pública de protección para adoptar las medidas necesarias en beneficio e interés del menor en relación con el derecho de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla, y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.

2ª. Habrán de ser los padres o los demás interesados que se crean perjudicados por la decisión administrativa quienes, en su caso, la impugnen ante el Juez Civil.

3ª. En cuanto al plazo para formular oposición a las resoluciones sobre régimen de visitas, habrá de estarse a las previsiones del apartado 1º, párrafo segundo, inciso final del art. 780 LEC, que dispone que la oposición a las restantes resoluciones

administrativas que se dicten en materia de protección de menores (distintas de la declaración de desamparo) se habrá de formular en el plazo de dos meses desde su notificación.

4ª. Pasados dos meses y hasta tanto transcurran los dos años, estas resoluciones de protección podrán ser impugnadas a causa de un cambio en las circunstancias que presidieron su adopción, pero no en base a la situación existente en el momento de su dictado.

5ª. En todo caso, a la hora de fijar una postura procesal en los supuestos en los que exista controversia entre la familia biológica y la Entidad pública, deberá partirse del principio de preferente reinscripción en la familia biológica. Todo ello, salvo que en el caso concreto el superior interés del menor exija otra posición.

6ª. Un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que, desde el primer momento en que la Entidad pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte.

7ª. Sólo en los casos de irreversibilidad fundamentada de la situación familiar que ha dado origen al desamparo puede y debe ceder el derecho de relación familiar, en la medida en que su ejercicio perjudique otras vías de protección estable que impliquen la desvinculación definitiva.

Habitualmente, al menos, en la Delegación Provincial de Sevilla es la práctica más frecuente, cuando la Entidad pública protectora considera necesario modificar el régimen de visitas inicialmente establecido en aras del "*favor minoris*", dicta la correspondiente resolución administrativa en materia de protección de menores conteniendo el nuevo régimen, o bien la suspensión del mismo (formalmente, el documento es similar a una resolución de desamparo, sólo varía el contenido del Acuerdo), la cual se notifica a los progenitores dentro de las cuarenta y ocho horas. En caso de que éstos se muestren disconformes, los progenitores se pueden oponer a la misma mediante los trámites del art. 780.1, párrafo 2º LEC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la misma.

TEMA 4:
OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO

SUMARIO

- I.- LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO. DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE
- II.- EL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO
 - 2.1. Introducción
 - 2.2.- El procedimiento de oposición a la resolución de desamparo tras la reforma introducida por la Ley 54/2007, de 20 de diciembre, de Adopción Internacional
 - 2.3. Estudio pormenorizado del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores
 - 2.2.a).- Objeto del proceso
 - 2.2.b).- Plazos de impugnación
 - 2.2.c).- Competencia objetiva y territorial
 - 2.2.d).- Legitimación procesal
 - 2.2.e).- Postulación procesal
 - 2.2.f).- Escritos de impugnación y demanda. Desarrollo del procedimiento
 - 2.2.g).- Régimen de recursos
- III.- EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LOS OPOSITORES
 - 3.1.- Procedimiento de oposición al desamparo y reinserción del menor en la familia natural
 - 3.2.- Aplicación del art. 413 LEC en los procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores
- IV.- LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA REINTEGRACIÓN DEL MENOR A SU FAMILIA DE ORIGEN
 - 4.1.- La acción de revocación
 - 4.2.- La revocación de oficio

----- O -----

***Nota introductoria:** Consideramos, en el presente Tema, la importancia que en el sistema de protección de menores ostenta la posibilidad de la oposición a la resolución que decreta la tutela ex lege. Se concibe como un procedimiento contradictorio e imparcial y se enfoca en beneficio del menor. Tiene un carácter revisor, puesto que la decisión adoptada por la Administración ha de ser estudiada por el órgano judicial competente, y por ello, cabe la posibilidad de revocarlo y devolver al menor a su familia. Por último, también estudiamos la posibilidad que los Poderes Públicos dejen sin efecto el desamparo.*

I.- LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO. DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

Como ya se ha ido poniendo de manifiesto en distintas ocasiones a lo largo de nuestro trabajo, es la Administración, a través de los órganos a los cuales ha atribuido esta competencia, quien debe adoptar las medidas adecuadas de protección de menores una vez constatado el supuesto de hecho previsto en las normas sustantivas en relación a la situación de desprotección de los menores, siguiendo, para ello, el procedimiento administrativo correspondiente. En consecuencia, si alguno de los interesados en impugnar la resolución administrativa decidiera oponerse a la misma, tendría que acudir ante el órgano competente del orden contencioso-administrativo, de acuerdo con lo establecido, con carácter general, para los actos administrativos.

Sin embargo, pese a ser una Entidad pública la que asume la protección de los menores, dictando, al efecto, actos y decisiones de naturaleza pública, se debe tener en cuenta que las facultades de tutela automática o de guarda no derivan de la legislación administrativa, sino del C.c.; esto es, la cobertura legal de tales actos administrativos tuitivos de menores se encuentra en el Derecho privado. En consecuencia, resulta obligado remitir al orden jurisdiccional civil las cuestiones relativas a la impugnación de decisiones administrativas en esta materia (arts. 9 y 22 LOPJ), en detrimento del orden contencioso-administrativo. Así, el art. 172.6 C.c., en la redacción dada por la LOPJM, establece que las resoluciones administrativas en materia de protección de menores serán recurribles ante la jurisdicción civil. Por tanto, en materia de protección de menores, es la jurisdicción civil la encargada de asumir la función revisora, en vía judicial, de la previa actuación administrativa de las Entidades públicas con competencia en el ámbito de la protección del menor⁴⁴¹.

Cierto es que las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, de forma general, y, en particular, aquellas mediante las que se declara el desamparo y en las que se adoptan determinadas medidas de protección, están dotadas de las características propias de los actos de la Administración sujetos al Derecho

⁴⁴¹ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*: “La oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores”, cit. [TOL1.210.175].

administrativo. Por tanto, en principio, el control de las mismas debería corresponder a los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

En efecto, el art. 1 LRJCA establece que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo. Ahora bien, la propia Ley dispone en su art. 3 a) que *“no corresponden al orden jurisdiccional contencioso administrativo: las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública”*.

Al respecto, resulta de interés la STS. (Sala de lo contencioso-administrativo) de 12 de enero de 2004⁴⁴², en la cual el Alto Tribunal se remite a una sentencia suya anterior⁴⁴³ (FJ. 5º), que afirmaba lo que sigue: *“tradicionalmente se ha admitido que el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho administrativo, la jurisdicción corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

Existen, sin embargo, supuestos —a veces caracterizados como ‘Administración pública de Derecho privado’— en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, nuestro Ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la ‘cuestión civil’ planteada a la jurisdicción de esta clase”.

Pues bien, la resolución administrativa mediante la cual la Administración declara la situación de desamparo y adopta las oportunas medidas de protección es un

⁴⁴² RJ 2004, 857.

⁴⁴³ STS. 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2326).

acto administrativo que, como hemos indicado reiteradamente, goza de las características propias de tales actos, esto es, presunción de validez y, por tanto, eficacia inmediata y la consiguiente ejecutividad.

Como afirma DE PALMA DEL TESO⁴⁴⁴, la razón que explica que, finalmente, se haya atribuido su control a los Tribunales del orden civil es la incidencia de estos actos administrativos en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado. No se trata, pues, de que la Administración actúe en situación de igualdad con los particulares y, por tanto, sometida al Derecho privado. La Administración actúa como poder público investida de prerrogativas. Sin embargo, su actuación afecta al contenido de relaciones de Derecho privado. De hecho, la STC. de 18 de octubre de 1993⁴⁴⁵, en su FJ. 5º afirma que la Ley mantiene la posición general de que nuestro Ordenamiento jurídico reconoce al Juez Civil como custodio del Derecho de Familia, aun cuando confíe a Entidades Públicas de carácter administrativo la protección de los menores desamparados.

En este sentido, señala la SAP. de Alicante de 24 de julio de 2008⁴⁴⁶, en su FJ. 1º, que *“la Administración Pública está bajo la esfera del Derecho Administrativo en lo que se refiere a organización de medios para atender a las necesidades del menor, pero no puede olvidarse que, cuando inicia actividades de investigación y tratamiento de supuestos de desamparo con significación jurídica, se encuentra sometida al Derecho Civil sin ostentar una posición de preeminencia ni facultades exorbitantes, sin perjuicio, desde luego, de las importantes potestades “tuitivas” que se atribuyen a la Administración y las especiales modalidades al ser desempeñadas por sujetos públicos, pero sin olvidar que las instituciones asistenciales (tutela automática, guarda, etc. ...) están dentro del campo del Derecho Privado, de forma que la frecuente intervención administrativa en la materia no hace decaer su carácter eminentemente civilístico, siendo así la tutela pública una función social de Derecho Privado orientado a satisfacer necesidades familiares. Por ello las resoluciones y procedimientos previos de la Administración estarán sometidos al Derecho Administrativo, pero el producto de esa*

⁴⁴⁴ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit., págs. 430 a 435 [Id. vLex: VLEX-400135894; <http://vlex.com/vid/400135894>].

⁴⁴⁵ RTC 1993, 298.

⁴⁴⁶ JUR 2009, 5003.

actividad lo están al Derecho Civil con plena sumisión a las normas del Código Civil y de Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos preceptos no pueden modificar, y a los que las Comunidades Autónomas se tienen que supeditar, con frecuentes remisiones a su articulado, sirviendo de complemento o especificación de sus preceptos”.

En efecto, el legislador ha residenciado el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los Tribunales del orden jurisdiccional civil. La pregunta es cómo y por qué.

Pues bien, la respuesta a estas cuestiones requiere volver nuestra mirada al pasado.

En efecto, cuando el legislador estatal incorpora al C.c. la figura de la tutela *ex lege* de las Administraciones públicas (mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) omite cualquier referencia al régimen de recursos contra las resoluciones de desamparo. Al no regularse la vía a través de la cual impugnar esta clase de resoluciones administrativas, se plantea el problema de determinar el cauce procesal que permita canalizar la oposición a las resoluciones de desamparo y aquéllas por las que se adoptan medidas de protección por la Administración que tiene encomendada la tutela del menor.

La doctrina civilista, que califica la tutela administrativa de institución civil por el simple hecho de haber sido regulada por el C.c. y, en cierta manera, la asimila a una tutela ordinaria (aunque con ciertas particularidades), considera que la competencia para conocer los conflictos que puedan plantearse debe corresponder a los Tribunales del orden jurisdiccional civil y propugna la aplicación de la Disp. Trans. 10^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que remitía a las normas de jurisdicción voluntaria para la resolución de las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones entre cónyuges. En cambio, según DE PALMA DEL TESO, a la doctrina administrativa, prácticamente, le pasó inadvertido este nuevo ámbito de actuación. Así, ante la ausencia de previsión legal, el camino seguido en la práctica fue el apuntado por una parte de la doctrina civil.

Sin embargo, también advierte la misma autora⁴⁴⁷ que, en este periodo de incertidumbre, se acudió en ciertos casos a la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir las resoluciones administrativas mediante las que se declaraba a un menor desamparado y se adoptaba la consiguiente medida de protección en el marco de la tutela. Así sucedió, entre otros, en el supuesto del que conoció la STSJ. de Galicia de 5 de julio de 1996⁴⁴⁸.

Es preciso reconocer que la situación de la atribución del enjuiciamiento de estos asuntos a uno u otro orden jurisdiccional no ha sido totalmente pacífica, ante la ausencia de previsión legal al respecto, lo que condujo al planteamiento de un conflicto de competencias negativo, el cual fue resuelto mediante el ATS. (Sala de Conflictos de Competencia) de 9 de julio de 1997⁴⁴⁹, conforme al cual la competencia corresponde al

⁴⁴⁷ DE PALMA DEL TESO: *Op. cit.*, Id. vLex: VLEX-400135894, <http://vlex.com/vid/400135894>.

⁴⁴⁸ RJCA 1996, 2093. En el caso de autos se interpuso un recurso contencioso administrativo, ante el TSJ de Galicia, a fin de impugnar las Resoluciones dictadas por la Delegada Provincial del Servicio de Familia, Mujer y Juventud de la Xunta de Galicia de Pontevedra de fecha 9 septiembre 1994, por medio de las cuales se acordaba incoar expediente y asumir la tutela pública de los menores Adrián y Enmanuel F. S., así como otorgar el ejercicio de la guarda al centro «Príncipe Felipe». Los motivos fundamentales esgrimidos por la parte recurrente para solicitar la revocación de las resoluciones recurridas eran los relativos a la no concurrencia de circunstancias que justificasen la atribución de la guarda a una Entidad pública, así como a la necesidad de que, previamente al otorgamiento de la tutela pública, se hubiera producido la privación de la patria potestad de los padres, requisito que consideró no concurría en este caso. Finalmente, el recurso contencioso administrativo fue desestimado.

DÍEZ GARCÍA: “Desamparo de menores y acogimiento”, cit. [BIB 1999\1429], señala, además de la citada, otras resoluciones del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pese a la competencia del Juez civil para conocer de estas cuestiones, en las que se constató el desamparo de un menor y se decretó su acogimiento: así, Ss. del TSJ. de Galicia (Sala de lo Contencioso) de 13 de febrero de 1997 (RJCA 1997, 466), 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996, 2281), 8 de julio de 1996 (RJCA 1996, 8286), 12 de julio de 1996 (RJCA 1996, 2098) y 9 de julio de 1996 (RJCA 1996, 2096), si bien, como precisa la autora, son resoluciones de fecha posterior a la LOPJM pero que aplicaron la Ley 21/1987.

⁴⁴⁹ RJ 1998, 1571. El TS. abordaba el conflicto negativo de competencias surgido entre el JPI. núm. 3 de Granada y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ. de Andalucía, declarando competente para conocer del proceso de oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores al orden jurisdiccional civil que debe conocer de la impugnación, por la vía de los actos de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio del posterior juicio declarativo ordinario de menor cuantía, que, en su caso, se inste, con plenitud de conocimiento y contradicción.

Entrando a detallar los hechos, para el mejor entendimiento del pronunciamiento del TS., la representación procesal de doña M^a del Carmen, ante el JPI. n^o 3 de Granada, formuló oposición a las Resoluciones de la Delegación de Asuntos Sociales de Granada que declararon el desamparo de los menores Luis y Víctor. El JPI. dictó Auto apreciando la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria para la revisión de la resolución administrativa de declaración de desamparo dictada por la Entidad administrativa competente respecto de los citados menores.

Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación y la AP. dictó Auto en el que confirmaba íntegramente el de primera instancia objeto del recurso.

A continuación, la representación procesal de doña M^a del Carmen interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ. de Andalucía, la cual

resolvió declarar la incompetencia de dicha jurisdicción y plantear conflicto de competencia en el citado recurso, elevando las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos del TS, que realiza las siguientes consideraciones:

(F.J. 2º).- El problema planteado ha suscitado en cuanto a su solución dudas doctrinales, dada la insuficiencia legislativa sobre la impugnación por parte legítima de un acuerdo que, aunque basado en normas de Derecho Civil respecto al fondo, se invoca y tramita por medio de un procedimiento típicamente administrativo. En efecto, las Entidades Públicas concernidas sujetan su actuación, cuando de esta modalidad de tutela extraordinaria se trata, a reglas de procedimiento acordes con las disposiciones dictadas en la materia por la Comunidad autónoma de la que dependa el respectivo organismo o, en su caso, por las reglas comunes del procedimiento administrativo.

En la actualidad el art. 172.1 C.c., redactado conforme a la LOPJM, impone expresamente que la resolución adoptada debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificarse a los padres, tutores o guardadores en un plazo de cuarenta y ocho horas. Al hacer la notificación si ello es posible debe informarse a estos de las causas que dieron lugar a la intervención y de los posibles efectos de la decisión administrativa. En el caso que se considera las Resoluciones definitivas de la Delegada Provincial de la Conserjería de Asuntos Sociales en Granada, previa la motivación oportuna acuerdan: 1) Declarar la situación legal de desamparo. 2) En base a tal declaración, asumir por ministerio de la Ley la tutela sobre dichos menores desde la fecha de la presente declaración. 3) Ingresar a ambos en el Centro Casa de Acogida «Los Vergeles» bajo la guarda del Director del establecimiento y con la vigilancia de esta entidad pública. 4) Comunicar la presente resolución a los padres o tutores de los menores, al Director del Centro y, de conformidad con lo establecido por el art. 174.2 C.c., al Ministerio Fiscal.

(F.J. 3º).- Precisamente con apoyo en la advertencia sobre el cauce de impugnación que establece la notificación del acuerdo, la madre de los menores formula, mediante escrito, oposición al expresado acuerdo que el JPI. admite a trámite ordenando su substanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria; El Fiscal se mostró contrario al expresado procedimiento, pues, efectivamente, no estaba indicado legalmente de manera clara y expresa, entendiéndose que una vez hecha la reclamación previa en vía administrativa, debería acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, dictamen que, finalmente, determina la apreciación de la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria para la revisión de la resolución administrativa de declaración de desamparo de los menores, criterio que confirmó plenamente, en apelación, la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial, haciendo hincapié en la inexistencia de procedimiento legal regulado en materia de oposición a la declaración de desamparo, que no deja de ser una resolución administrativa, y como establece el Auto de la Audiencia Provincial «debe significarse que la jurisdicción ordinaria no es revisora de los actos administrativos a diferencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que la advertencia contenida en la resolución administrativa impugnada, referente a la posibilidad de formularse oposición ante el JPI. (Familia) carece de sustento jurídico alguno».

(F.J. 5º).- El Ministerio Fiscal en el dictamen que somete a esta Sala de Conflictos sostiene que, La competencia objetiva entre los distintos Órdenes Jurisdiccionales viene delimitada en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en función de un criterio de especialización de los órganos que constituyen el Orden Jurisdiccional, y estableciéndose una competencia residual en favor del Orden Civil en el apartado 2 del artículo citado para aquellos casos en que la competencia no pueda determinarse de modo preciso. Así las cosas, resulta que el acto administrativo que se trató de impugnar por la madre de los menores, únicamente está sujeto al Derecho Administrativo en el aspecto procedimental, no, por tanto, en el material o sustantivo donde el Derecho de Familia, como parcela que sigue siendo del Derecho Civil, constituye el núcleo de la decisión (art. 172.1 C.c.).

En este sentido, entiende el Fiscal que por razón de la especialización, fundada en la naturaleza de la materia sustantiva a aplicar en los distintos tipos de procesos, la competencia corresponde al Orden Civil de la Jurisdicción. Además, la demanda que dirige la madre de los menores, aunque formalmente se dirige contra el acto de declaración de desamparo de la Administración Autonómica, lo que en el fondo está haciendo es pedir que se le entreguen los hijos como contenido propio de la patria potestad –art. 154.1 C.c.- impugnando de este modo indirecto la situación de desamparo en que la Administración entiende que se encuentran.

Por tanto, no puede entenderse que el acto impugnado está sometido al Derecho Administrativo, por lo que la competencia corresponde al Orden Civil siendo de aplicar en caso de duda el núm. 2 del art.

orden jurisdiccional civil ya que, aunque la resolución administrativa se dicta aplicando normas procedimentales administrativas, la materia se rige por el C.c.

Es necesario tener en cuenta que de la resolución administrativa de desamparo también derivan, por obra de la ley, ciertos efectos civiles, ya que el legislador anuda a la atribución de la tutela a la Administración el efecto de suspender de forma automática la patria potestad o la tutela ordinaria. Por tanto, estaríamos ante uno de esos supuestos calificados por el TS. como “*Administración pública de Derecho privado*”.

La Administración, en ejercicio de una potestad administrativa, dicta actos que afectan a la definición o configuración de relaciones de Derecho privado. Pues bien, del examen de la normativa aplicable en materia de protección de los menores desamparados resulta que el legislador, en el momento de abordar el procedimiento de oposición judicial a las resoluciones administrativas sobre desamparo y tutela de la Administración, parece tener en cuenta, fundamentalmente, la oposición de los padres o tutores que, precisamente, discutirían la resolución de desamparo para impedir que se produzca el efecto de quedar suspendida la patria potestad o la tutela. De este modo, el legislador prevé que el objeto de la oposición a la resolución administrativa sería reclamar la tutela, la guarda, en definitiva, el ejercicio de la patria potestad, por los, hasta entonces, titulares de la misma que, en base al dictado de esta resolución de la Administración, se han visto desposeídos de los derechos que el C.c. les atribuye. Ésta podría ser, asimismo, una razón más que explicaría que, finalmente, se haya optado por atribuir al orden jurisdiccional civil el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas dictadas en esta materia. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos, como en Suecia, corresponde a los Tribunales de lo contencioso-administrativo el conocimiento de estas materias⁴⁵⁰.

9 LOPJ. Concluye que: “*por lo expuesto, este Ministerio Fiscal interesa se declare la competencia en favor del Orden Civil de la Jurisdicción*”.

En definitiva, conforme a los criterios que establece el Ministerio Fiscal, no cabe duda sobre la atribución al orden jurisdiccional civil del conocimiento de estos asuntos, pues claramente la LOPJ. delimita el ámbito del recurso contencioso-administrativo con sujeción a una doble exigencia de las pretensiones que ante los mismos se demandan: 1.º Han de referirse a actos de la Administración Pública. 2.º Han de estar sujetos estos actos al Derecho administrativo. La circunstancia de regirse esta materia por el C.c., aunque se sigan normas procedimentales administrativas para conseguir la resolución que se funda, encajan plenamente entre las atribuciones que expresa el artículo 9.2 LOPJ en relación con los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional civil (FJ. 6º).

⁴⁵⁰ DE PALMA DEL TESO: *Op. cit.*, Id. vLex: VLEX-400135894, <http://vlex.com/vid/400135894>, apoya

Conforme a ello, en nuestro sistema jurídico, el art. 172.6 C.c., redactado conforme a la Disp. Final 5ª LOPJM, dispone que *“las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán*

esta afirmación basándose en el contenido de la STEDH. del caso Rieme contra Suecia de 22 abril 1992 (TEDH 1992, 49): el caso versa sobre la demanda de un ciudadano finlandés contra Suecia, presentada ante la Comisión el 28-7-1986, alegando que el mantenimiento de la suspensión de la custodia de su hija durante un período tan largo y la ausencia de un derecho de visita adecuado habían desconocido su derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el art. 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que había resultado violado, entendiéndose que autoridades competentes Suecas, pusieron todos los medios necesarios para evitar la posibilidad de restablecer la relación entre el demandante y su hija.

En el relato de los Hechos puede leerse en relación al carácter administrativo de la impugnación a la medida de protección que el 26 de septiembre de 1977, el Consejo social del distrito sur de Södertälje (södra sociala distriktsnämnden) (el Consejo), decidió, en virtud de los arts. 25 a) y 29 de la Ley de 1960 sobre la Protección de la Infancia (barnavårdslagen 1960:97, la Ley de 1960), que la autoridad pública tomara a su cargo a Susanne (entonces de once meses de edad) a causa del alcoholismo de su madre. La Administración, en virtud del art. 28 de la Ley de 1980 sobre los servicios sociales (socialtjänstlagen 1980:620), decidió paralelamente prohibir al demandante que sacara a Susanne del hogar de acogida ya que existía un riesgo «no despreciable», de perjudicar así la salud mental de la niña, decisión ésta basada en el informe de los funcionarios sociales y en su recomendación al Consejo, fechadas el 28 de septiembre de 1984.

El demandante impugnó la prohibición de retirada ante el Tribunal Administrativo del Departamento de Estocolmo (länsrätten), que, en su Sentencia de 25 de enero de 1985, consideró que la retirada del hogar de acogida supondría un riesgo, no despreciable, de perjuicio para la salud mental de la niña. Sopesando los intereses de Susanne y los del demandante, concluyó la existencia de razones preponderantes para dejarla en el hogar de acogida hasta nueva orden. Por lo tanto rechazó el recurso.

El señor Rieme recurrió ante el Tribunal Administrativo de Apelación (kammarrätten) de Estocolmo, solicitándole que levantara la prohibición de retirada y, subsidiariamente, que limitara su duración. Dicho Tribunal desestimó sus su demanda mediante una sentencia de 2 de agosto de 1995 en la que se podía leer: *“el artículo 28 de la Ley de Servicios Sociales tiende a proteger de la mejor manera posible los intereses del niño. Entre los factores a estudiar en este contexto figuran la edad del niño, sus aptitudes y sus vínculos afectivos. Además, hay que tener en cuenta, principalmente, sus propios deseos y el lapso de tiempo que ha permanecido en la familia (de acogida).*

Susanne [...] se encuentra en su familia de acogida desde octubre de 1977, por lo tanto ha pasado en ella la mayor parte de su vida. Se la considera como una niña emotiva y ha presentado ciertos síntomas psicósomáticos. Desde el examen por parte del Tribunal Administrativo del Departamento, de la cuestión de la retirada de Susanne, las relaciones de ésta con su padre parecen haber evolucionado favorablemente. El Tribunal Administrativo de Apelación considera, sin embargo, que una retirada forzada comportaría todavía un riesgo, no despreciable, de perjudicar la salud mental de Susanne. Así, no puede admitir la demanda de levantamiento de la prohibición de retirada. La cuestión de saber cuándo tal medida vaya a ser posible depende de la forma en que evolucionen las relaciones entre (el demandante) y su hija. El Tribunal estima que la prohibición no puede, de momento, estar limitada en el tiempo.”

En la Fundamentación Jurídica de la STEDH. al abordar el Derecho Interno aplicable al asunto, se pone de manifiesto que, aun teniendo en cuenta las distintas modificaciones a que ha sido sometida la legislación en esta materia, en virtud de los principios generales del Derecho Administrativo sueco, los padres pueden oponerse a la retirada de los hijos por parte de los poderes públicos cuando se les aplica una medida de protección. Así, las resoluciones relativas a la hija del demandante fueron tomadas en virtud de la Ley de 1960 de Protección del Menor (barnavårdslagen 1960:97, la Ley de 1960), de la Ley de 1980 de Servicios Sociales (socialtjänstlagen 1980:620) y de la Ley de 1980 relativa a disposiciones especiales sobre la asistencia a adolescentes (lagen 1980:621 med särskilda bestämmelser om vård av unga, la Ley de 1980).

recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa". Es más, la Disp. Adic. 1ª LOPJM remitió a las normas de la jurisdicción voluntaria no sólo para recurrir las resoluciones administrativas de desamparo, sino *"para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las Entidades Públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores"*.

Con posterioridad, la LEC-2000 ha regulado un proceso de oposición a las *"resoluciones administrativas en materia de protección de menores"* (art. 748.6 en relación con los arts. 779 a 781).

Sin embargo, dado que la actividad administrativa de atención y protección de menores es muy variada (la actuación de las Administraciones puede tener por objeto la detección de situaciones de desprotección, la prevención o la intervención en el entorno socio-familiar del menor), es necesario precisar qué debemos entender por *"resoluciones administrativas en materia de protección de menores"* a los efectos de remitir al control del orden jurisdiccional civil.

En este sentido, es preciso distinguir entre resoluciones administrativas con efectos *"indirectamente"* protectores y resoluciones administrativas *"directamente"* protectoras.

Las resoluciones con efectos *"indirectamente"* protectores tendrían por objeto la colaboración con la familia a través de diversas prestaciones, con el fin de garantizar a los menores la debida protección en el entorno familiar. Por tanto, en este caso, la Administración actuaría en ejercicio de la función que tiene encomendada de colaboración con la familia.

En cambio, las resoluciones de efectos *"directamente"* protectores suponen una intervención en el ámbito familiar: la Administración, en su función de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones familiares, interviene sobre el menor o su entorno socio-familiar. En este último caso, la actuación de la Administración afecta al ámbito de relaciones de Derecho privado y, por ello, esta clase de resoluciones administrativas es sometida al control de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil. Por tanto, la expresión *"resoluciones administrativas en materia de*

protección de menores”, del capítulo V, del Título primero, del Libro IV, de la LEC-2000 contemplaría las resoluciones de efectos *directamente* protectores.

En cambio, las resoluciones administrativas de efectos *indirectamente* protectores (entre las que se encuadran, entre otras, las medidas de prevención consistentes en ayudas económicas a las familias), una vez agotada la vía administrativa, quedarían sometidas al control de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ya que no suponen límite alguno a relaciones de Derecho privado, esto es, a las relaciones familiares y, por consiguiente, en tales casos, no podrá hablarse de “*Administración pública de Derecho privado*”⁴⁵¹.

Teniendo en cuenta que el actual procedimiento de oposición a las medidas de protección ha sufrido variaciones a través de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en tanto que su Disp. Final 2ª, punto Tres, da una nueva redacción al art. 779 LEC, y, en su punto Cuatro, modifica la redacción del art. 780.1 LEC⁴⁵², se considera en la Circular 1/2008 de la FGE, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que ello conlleva los siguientes efectos:

En primer lugar, según la FGE, los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente. Ello es coherente, y refuerza la previsión por el legislador en el art. 780 LEC de un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. Para ello, dicho precepto se remite al procedimiento verbal regulado en el art. 753 LEC.

Considera la FGE, en la citada Circular, en cuanto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁴⁵³, que, aunque reconocido genéricamente en el art. 24.2 CE, debe

⁴⁵¹ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit., págs. 430-435, Id. vLex: VLEX-400135894, <http://vlex.com/vid/400135894>.

⁴⁵² La Disp. Final 1ª de la Ley 54/2007, en el punto Tres, modifica los párrafos 3 y 6 del art. 172 C.c., y a su vez le adiciona dos nuevos apartados. Y en el punto Cuatro, adiciona otro párrafo al art. 180 C.c. Por su parte, la Disp. Final 2ª, punto Cinco, da una nueva redacción al art. 781.1 LEC.

⁴⁵³ En esta línea, la Circular 1/2008 señala, la conclusión núm. 57 de las aprobadas en el curso sobre Derecho de Familia celebrado en Jaén, del 5 al 6 de mayo de 2003 (CGPJ-Junta de Andalucía), en la que se postulaba que en los supuestos en que la Administración no aporte el expediente al Juzgado en el plazo previsto de veinte días, se procederá a requerir al funcionario responsable bajo apercibimiento de deducir

ser garantizado con un celo especial en los procesos relativos a protección de menores. No puede dilatarse el proceso en el tiempo so pena de incumplir los objetivos perseguidos e, incluso, perpetuar situaciones de hecho. El transcurso del tiempo es percibido por el menor de forma radicalmente distinta a como lo vive un adulto. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en otros procesos de familia. Deben evitarse, por todos los medios, situaciones en las que el fallo deviene finalmente inejecutable como consecuencia del transcurso del tiempo y de la consagración fáctica de la situación del menor.

Al respecto, es preciso traer a colación la STC. de 21 de enero de 2008⁴⁵⁴, que ratifica la indemnización sustitutoria establecida en la resolución de instancia y que obligaba a la Junta de Andalucía a abonar más de dos millones de euros a la madre de unos niños tutelado por la Entidad pública ante la imposibilidad de ejecutar la reintegración de los menores a la convivencia con la madre biológica, dado el tiempo transcurrido desde que fueron separados hasta que se resolvió el asunto. El elevado *quantum* indemnizatorio se establecía en base a las enfermedades y padecimientos físicos y psíquicos de la madre, sufridos a lo largo de los diez años en los que se decretó la tutela *ex lege* de sus hijos por la Administración Pública. Es decir, lo que la Audiencia está determinando, en realidad, es la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica por los daños y perjuicios causados a la demandante del procedimiento civil como consecuencia de la indebida separación de sus hijos por el defectuoso funcionamiento de la Administración, también el de la Administración de Justicia).

Indudablemente, resulta singular o complejo, un fallo que, resolviendo sobre la situación de convivencia de los menores, acuerda la reintegración de éstos a la guarda y custodia de la actora (la madre biológica). Sin embargo, no tiene solución de continuidad, es decir, ya no se puede ejecutar, pues atendiendo, precisamente, al propio interés de los menores, declara la imposibilidad de la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de su madre.

La declaración de imposibilidad de ejecución de la devolución de los menores a

testimonio por delito de denegación de auxilio del art. 412 CP.

⁴⁵⁴ RTC 2008, 11.

su madre conduce a la Sala sentenciadora a ordenar la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la entonces recurrente por aplicación de lo previsto en el art. 18.2 LOPJ, es decir, la traducción a su expresión pecuniaria del contenido del acuerdo inejecutable, situando la cuestión en un plano sustancialmente patrimonial, que es en el que se inserta la queja formulada en relación con la ejecución del fallo.

Según contempla la FGE, en su Circular 1/2008, el Fiscal debe ser especialmente dinámico en la consecución de este objetivo de celeridad, conforme a las obligaciones que estatutariamente le son exigibles. La función del Fiscal como dinamizador de estos procedimientos se justifica en el indiscutible interés público que resulta inherente al objeto procesal. Por ello, como garantía de los intereses de los menores, siempre debe ser parte el Ministerio Fiscal, como representante del interés público que concurre en estos casos (art. 749 LEC).

Asimismo, se recuerda la plena vigencia, en este tipo de procedimientos, de la Disp. Final 20ª LOPJM, a cuyo tenor el Ministerio Fiscal velará para que, incoado un procedimiento sobre reclamación frente a las resoluciones de las Entidades Públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o de guarda, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que afecten a un mismo menor. A tal efecto, promoverá ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones oportunas previstas en la legislación procesal.

II.- EL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO

2.1.- Introducción

El procedimiento de oposición judicial a las resoluciones en materia de protección de menores viene regulado en los art. 779 y 780 LEC⁴⁵⁵, norma que dedica

⁴⁵⁵ Art. 779. Carácter preferente del procedimiento. Competencia:
“Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.

su Capítulo V a “*la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*”, ubicado dentro de los procesos especiales comprendidos en el Libro IV, en concreto, en su Título I, que trata “*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio, y menores*”.

Por tanto, los procesos de menores se encuadran en el Título I del Libro IV de la Ley Rituaria, junto con los de capacidad, filiación y matrimonio.

Según señala, expresamente, la EM. de la LEC (apdo. XIX), nos encontramos ante “*procesos especiales imprescindibles*” que exigen una tramitación diferenciada de la propia de los procedimientos ordinarios, debido a las características derivadas de los derechos sustantivos en juego.

La ordenación de estos procesos se ha considerado indispensable por el legislador con el fin de acabar con una “*situación deplorable*” que se daba anteriormente al estar regulados tales procesos en leyes sustantivas, lo que obligaba a “*rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas*” la regulación procesal vigente. Por ello, el legislador ha pretendido llevar a cabo una labor “*codificadora*” y “*con pleno respeto de las reglas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental*”.

Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante”.

Art. 780. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores:

“1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.

3. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.

4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753 LEC”.

Para GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁵⁶, el cauce procedimental aplicable a los procedimientos previstos en el Título I del Libro IV LEC, que se prevé en su art. 753 y que analizamos detenidamente en los próximos apartados, sería muy adecuado para sustanciar las pretensiones de los arts. 179 y 180 C.c., al estructurarse en una fase de alegaciones ordinaria seguida de una fase probatoria que se desarrolla conforme a lo previsto para la vista del juicio verbal, con lo que se ganaría en agilidad y sencillez; algo tan necesario en procesos que inciden directamente en la esfera personal de los menores y en los que, por tanto, deben evitarse las largas situaciones de interinidad a que puede dar lugar un proceso largo y tedioso.

En cuanto a las disposiciones comunes a los procesos especiales, inicia el legislador el Título I del Libro IV con el Capítulo I (arts. 748 a 755), cuya rúbrica “*Disposiciones Generales*” nos indica ya que nos encontramos ante unas normas comunes a todos estos procesos, motivadas por las similares características de los mismos.

El primer precepto de este Capítulo enumera cuáles son los procesos a los que se aplicarán estas disposiciones generales: “*1º. Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. 2º. Los de filiación, paternidad y maternidad. 3º. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. 4º. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. 5º. Los de reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia de matrimonial. 6º. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 7º. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción*”.

La razón de ser de estas normas comunes se debe a que se trata de procesos en los que no se debate sobre derechos o intereses privados sometidos plenamente al poder de disposición de sus titulares, como ocurre, normalmente, en los procesos civiles, sino que se juzga sobre situaciones jurídicas a las que subyace un interés general que

⁴⁵⁶ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor: “Procesos contenciosos de protección de menores”*, cit. [TOL1.210.174].

trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas. En consecuencia, opinan GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, en estos procesos no pueden regir de una forma plena los principios dispositivo y de aportación de parte, sino que, más bien al contrario, se sustituyen por sus opuestos, de oficialidad y de investigación oficial⁴⁵⁷.

2.2.- El procedimiento de oposición a la resolución de desamparo tras la reforma introducida por la Ley 54/2007, de 20 de diciembre, de Adopción Internacional

Como ya se ha indicado, las vías adecuadas a utilizar por los padres que aún conservan la titularidad de la patria potestad para recuperar la tutela del menor y demostrar su capacidad de atenderlo son: en primer lugar, instar ante la jurisdicción civil y sin necesidad de reclamación administrativa previa la oposición a la resolución administrativa de desamparo en el plazo de tres meses desde que les fue notificada la declaración de desamparo *ex art. 172.6 C.c.*; en segundo lugar, para el caso que los padres experimenten una evolución positiva, pasados esos tres meses iniciales, pueden solicitar la suspensión de la tutela *ex lege* en el plazo de los dos años siguientes a la notificación de desamparo conforme dispone el art. 172.7 C.c.

La redacción actual del art. 172 C.c. responde a las modificaciones operadas en el mismo por las Disp. Finales 1ª y 2ª de la citada Ley 54/2007. Hasta entonces, la LEC no establecía plazos para instar un procedimiento de oposición a la resolución de desamparo.

En opinión de PÉREZ ÁLVAREZ, la citada disposición legal, en su redacción actual, recoge un principio de preferencia en relación con el control jurisdiccional de las resoluciones administrativas; fija plazos para formular la oposición frente a las resoluciones dictadas por la Administración en materia de protección de menores; regula la revocación de la declaración de desamparo, limitando temporalmente la legitimación de los padres en orden a la consecución; y, por medio del art. 172.8 C.c., deja abierto un cauce singular tendente a una ulterior revocación de la declaración de

⁴⁵⁷ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor: “Procesos contenciosos de protección de menores”*, cit. [TOL1.210.174].

desamparo⁴⁵⁸, según el cual, la Entidad pública, 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, decisión ésta que ha de ser notificada al Ministerio Fiscal.

El art. 780 LEC no precisa cuáles son, en concreto, las resoluciones administrativas que pueden ser impugnadas a través de este procedimiento; únicamente, el propio art. 780.1 LEC, en su redacción dada por la Ley 54/2007, donde regula los plazos de presentación de la demanda de oposición, alude a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo y a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

Con carácter general, puede decirse que, a través de este proceso, se podrá tramitar toda demanda de oposición a cualquier decisión que afecte al menor que haya sido adoptada por la Entidad administrativa que tenga encomendada la protección de menores. Esto supone que el objeto de este proceso es muy amplio, en términos similares a los previstos en la regulación anteriormente vigente. Concretamente, durante la vigencia de la LOPJM, el cauce procesal de la jurisdicción voluntaria se utilizaba no sólo para la impugnación de las resoluciones que apreciaban el desamparo y declaraban la asunción de tutela por ministerio de la ley, sino que se extendía a “*cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las Entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores*” (Disp. Adic.1ª, 2º LOPJM). Más adelante, citaremos, *ad exemplum*, concretas resoluciones administrativas objeto de este proceso.

Desde nuestra perspectiva, con la actual regulación se obtiene celeridad en el procedimiento, pero, en la práctica, no se resuelve el caos procesal que surge cuando se insta una oposición al desamparo dentro de los tres meses que establece el art. 780 LEC y a los cuatro meses se notifica a los titulares de la patria potestad una resolución

⁴⁵⁸ PÉREZ ÁLVAREZ: “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales”, cit., págs. 726 y 727.

administrativa que decreta un acogimiento familiar⁴⁵⁹. Si los progenitores no muestran su conformidad ante la Entidad pública, la Administración tutelante, en cumplimiento de lo establecido en el art. 173.2 C.c. (que remite a la LEC), insta ante el JPI. una propuesta de acogimiento mediante el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria⁴⁶⁰.

Teniendo en cuenta que a los padres se les ha notificado una nueva resolución administrativa, ya no de desamparo aunque sí en materia de protección, con la que se muestran disconformes y a éstos les asiste el derecho a la oposición, volverán a oponerse mediante el trámite que establece los arts. 779 y 780 LEC, de modo que, nuevamente se incoará un procedimiento judicial de oposición a la resolución en materia de protección de menores (p. ej. de acogimiento familiar permanente), cuando aún se está tramitando la oposición a la resolución inicial de desamparo.

A todo ello hay que añadir otro problema. Ante la negativa de unos padres o la falta de notificación a los mismos, la Entidad pública ha de instar, mediante Jurisdicción Voluntaria, la constitución del acogimiento. En tal caso, son nuevamente citados por el Juez para que comparezcan en el Juzgado y presten su consentimiento. Si no comparecen, o si lo hacen y consienten, el Juez decreta el acogimiento. Pero si ante el Juez se niegan a que su hijo sea acogido y pretenden recuperarlo, el procedimiento se volverá contencioso, con lo que nuevamente, se presentará una demanda de oposición al

⁴⁵⁹ Recuérdese que, como señala ZAMORA SEGOVIA: “Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen”, www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394, 5 de octubre de 2011, pág. 20, la Administración tiene plena potestad para adoptar medidas de carácter ejecutivo desde el inicio de la situación de riesgo del menor, y más aún tras la declaración de desamparo y la constitución del acogimiento, y es frecuente que, junto con las iniciales medidas de protección y seguimiento de la familia se adopten con posterioridad (si éstas son ineficaces) distintas resoluciones relativas al establecimiento de un régimen de relaciones familiares de los menores con los padres biológicos, y el modo en que habrán de llevarse a cabo las mismas, pudiendo, incluso, suspenderse dichas relaciones en el caso de que la Administración considere que dicha medida es la más idónea para los menores (generalmente, ocurre en el inicio del acogimiento familiar preadoptivo).

⁴⁶⁰ Como ya apuntamos con anterioridad, el 5 de septiembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Cortes Generales el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que prevé la modificación de esta materia en los arts. 33 y ss., de los cuales destacamos el art. 34:

Art. 34. Tramitación. “1. El Juez podrá ordenar cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción o el acogimiento o su cesación sean en interés del menor. 2. Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos recogidos en el apartado 2 del artículo 178 del Código Civil. 3. La tramitación de los expedientes regulados en este capítulo tendrá carácter preferente, se practicará con intervención del Ministerio Fiscal y en ellos será preceptiva la intervención de Abogado. 4. Contra el auto que resuelva el expediente cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos”.

acogimiento.

En la práctica forense, la proliferación de procedimientos en estos casos es absolutamente frecuente y habitual. Esta cuestión se resuelve recurriendo a la acumulación de acciones, regulada en el art. 71 y ss. LEC-2000, y que los Secretarios Judiciales promueven de oficio y de forma que podríamos calificar de rutinaria⁴⁶¹. De este modo, se acumulan los sucesivos procedimientos a la oposición inicial, puesto que, por las normas de reparto, al obrar otro procedimiento sobre la misma materia (protección del menor) y con la misma parte actora en un juzgado determinado, los sucesivos procedimientos se repartirán al mismo órgano judicial. Desde nuestra experiencia profesional, veríamos más adecuado dirigir los escritos de oposición a las sucesivas resoluciones que se dictaran al mismo Juzgado y a los mismos autos. Sin embargo, ello, en la práctica (hemos de confesar que lo hemos intentado), no resulta posible, siendo correcto incoar autos de nuevo, posteriormente acumulados a los de la oposición inicial.

Estos mecanismos procesales se utilizaban con anterioridad a la Ley de Adopción Internacional, si bien tales procedimientos no se sometían a plazo alguno. Pese a la fijación de plazos tras la Ley 54/2007, sigue siendo usual que la Administración dicte nuevas resoluciones cuando aún están sin resolver las oposiciones previas, por tanto, a nuestro modesto entender, en nada ha beneficiado el establecimiento de los plazos. Más bien, ha limitado el derecho de los titulares de la patria potestad a recuperar el ejercicio de la misma (derecho de los padres, el cual, si bien se somete al del menor, según ya vimos, tampoco es desdeñable), vulnerándose, a la vez, el derecho del menor a la familia natural, en contravención del art. 9 de la Convención de NNUU de 1989, el art. 8 del Convenio de Roma, el art. 39 CE y el art.

⁴⁶¹ Este aspecto está previsto resolverlo en el futuro, puesto que en la reforma que contiene el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de abril 2014 de la LEC, se introduce en el art. 780 LEC la regla general de la acumulación de procesos y se establece una previsión especial en el art. 76 LEC para determinar que, con carácter general, todos los procesos de oposición a resoluciones administrativas que se sigan respecto de un mismo menor de edad se acumulen al más antiguo de ellos, y sean seguidos y resueltos con la debida economía procesal por el mismo juzgado. Ello se garantiza previendo que la acumulación sea promovida incluso de oficio por el juzgado que tenga conocimiento de la existencia de un segundo o posterior proceso.

Por otro lado, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2014 también prevé la acumulación de expedientes en su art. 15.

2.3.- Estudio pormenorizado del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores

Partiendo de la base que el objeto de este procedimiento exige celeridad en su resolución, al tratarse de cuestiones relativas al menor, y más concretamente, a la protección del mismo, el legislador ha previsto en el art. 780 LEC un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. En consecuencia, se remite este precepto al procedimiento verbal regulado en el art. 753 LEC.

Sin embargo, el objeto del procedimiento, es decir, la oposición a una resolución administrativa, implica cierta especialidad procedimental. Concretamente, en este procedimiento se distinguen, como se expondrá en los apartados siguientes, dos partes claramente diferenciadas: una primera fase, cuyo objeto es la introducción de las alegaciones mínimas para la incoación y la obtención, para su conocimiento, por parte del demandante, del expediente administrativo previo; y, una segunda fase, que es el verdadero procedimiento de oposición a la resolución administrativa, que se tramitará por los cauces del juicio verbal.

A continuación, pasamos a analizar detenidamente el procedimiento de impugnación a la resolución administrativa de declaración de desamparo, así como también de otras resoluciones administrativas de protección de menores, pues se trata del mismo procedimiento.

2.2.a) Objeto del proceso

En lo que respecta, en concreto, al objeto del proceso, ya hemos tenido ocasión de indicar que el art. 780 LEC no precisa cuáles son concretamente las resoluciones administrativas que pueden ser impugnadas a través de este procedimiento.

En general, a través de este proceso se podrá tramitar toda demanda de oposición a cualquier decisión que afecte al menor que haya sido adoptada por la Entidad

administrativa que tenga encomendada la protección de menores, de modo que, hemos de concluir, que el objeto de este proceso es muy amplio, en términos similares a los previstos en la regulación vigente anterior a la LEC 1/2000, a partir de la promulgación de la LOPJM, a través del cauce procesal de la jurisdicción voluntaria⁴⁶².

Sin ánimo de exhaustividad, en opinión de GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁶³, se puede decir que el objeto de este proceso incluye, entre otras: la resolución administrativa que declara al menor en situación de desamparo, la resolución administrativa denegatoria de la solicitud de que se deje sin efecto la tutela asumida por la Administración, la resolución administrativa que deniega la petición de cese de la tutela administrativa, la resolución que deniega la petición de cese de la guarda voluntaria, la resolución denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas, la resolución administrativa que deniega la petición de cesación del acogimiento familiar, la resolución administrativa que acuerda la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido o la resolución administrativa en la que se acuerde cualquier medida educativa con la que se discrepe.

Otras resoluciones, como las que declaran la no idoneidad del solicitante para la adopción o las que tengan por objeto suplir la voluntad discrepante de los progenitores

⁴⁶² Como afirma la FGE en su Circular 1/2001, de 5 de abril sobre incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, en su apartado VII.5.A.B: “...aunque haya que entender derogada la referencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria para su adopción, sí hay que considerar vigente la delimitación que en términos amplísimos establece la citada Disposición Adicional del ámbito de las resoluciones administrativas impugnables ante la jurisdicción civil. El proceso especial será el cauce procesal, por tanto, no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio legis (objeto expresamente reconocido en el art. 172.6 C.c.) sino que se extenderá con carácter general a todas «las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (art. 780.1 LEC), o, como dice el n° 2° de la citada Disposición Adicional, a «cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores», resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia. Por otra parte, nada permite deducir que la voluntad de la nueva LEC es limitar las posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia”.

En el mismo sentido, en relación al objeto procesal y a qué ha de entenderse por “restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, la FGE vuelve a expresar su opinión en expresada en su Circular 1/2008: “nada permite deducir que la voluntad de la nueva LEC es limitar las posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia”.

⁴⁶³ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*: “La oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores”, cit. [TOL1.210.175].

en determinados casos (intervención quirúrgica, internamientos en centros de atención médica o psiquiátrica), también serán impugnadas a través de este procedimiento⁴⁶⁴.

2.2.b).- Plazos de impugnación

Como recoge la FGE en su ya citada Circular 1/2008⁴⁶⁵, emitida justo a raíz de la publicación de la Ley 54/2007, la reforma en el sistema de protección de menores, operada en el C.c. por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, dejó sin resolver algo tan fundamental como el plazo de que disponían los progenitores para impugnar las resoluciones de la Administración en materia de protección, resoluciones éstas que podían suponer una grave injerencia en las atribuciones de la patria potestad y una profunda afectación del interés superior del menor, y que requerían, correlativamente, las necesarias dosis de seguridad jurídica en la regulación de las acciones de impugnación.

El sistema original introducido por la reforma de 1987 suponía someter tanto las resoluciones administrativas de declaración de desamparo y asunción de tutela legal automática de menores, como las de acogimiento y demás resoluciones complementarias a una permanente provisionalidad, pues eran susceptibles de impugnación en cualquier momento, ante la ausencia de límites temporales.

Como se recoge en la citada Circular de la FGE, la interpretación más comúnmente aceptada era la de que la impugnación podía tener lugar desde la notificación de la resolución hasta la firmeza del eventual auto constituyendo la adopción o hasta la extinción definitiva de la patria potestad por cualquier otra causa. Con ello se posibilitaba (incluso, en supuestos en los que ya no era posible la reinserción en la familia biológica) un ejercicio continuado de acciones judiciales por parte de la familia de origen del menor contra las medidas adoptadas por la Entidad pública para lograr su definitiva integración en un núcleo familiar estable.

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Íbidem*.

⁴⁶⁵ Para un análisis de la misma, *vid.* NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: “Consideraciones sobre las modificaciones de los artículos 172 C.c. y 178 LEC operadas por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, núm. 2133, págs. 5 a 16.

Esta interpretación fue avalada por la FGE, que, en su Circular 1/2001, de 5 de abril sobre incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, la recogía en su apartado VII.5, disponiendo al respecto que, no fijando la ley plazo alguno para la presentación de la reclamación ante el Juez, “*hay que entender que podrá presentarse en cualquier momento*”.

El legislador se hizo eco del problema que la cuestión planteaba la ausencia de límites temporales y en la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción Internacional, se incluye la regulación de los plazos para impugnar el desamparo en su Disp. Final 1ª, mediante la cual se reforma el art. 172 C.c. y en su Disp. Final 2ª, que reforma los arts. 779, 780 y 781 LEC⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Disp. Final primera:

Tres. Se modifican los apartados 3 y 6 y se adicionan dos nuevos apartados séptimo y octavo al artículo 172, que pasan a tener la siguiente redacción:

“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 realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor.*

Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.

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 en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa.*

7. *Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración 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.*

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición 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 desamparo.

8. *La entidad pública, 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 Fiscal”.*

Disposición Final segunda:

Tres. El artículo 779 queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 779. *Carácter preferente del procedimiento. Competencia.*

Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.

La FGE estima que el espíritu de la reforma es, sin duda, el de impedir procesos judiciales permanentemente abiertos, facilitando soluciones estables para los menores tutelados no susceptibles de reinserción en sus familias biológicas, permitir insertarlos en un núcleo familiar definitivo, estable e idóneo para su desarrollo personal normalizado y evitar que tales procesos se vean permanentemente amenazados por impugnaciones judiciales. Al mismo tiempo, también puede detectarse en el nuevo sistema la concesión a los progenitores de un plazo, a modo de segunda oportunidad, para dar un margen razonable a la reinserción familiar de los menores extraídos de su núcleo familiar.

A estos efectos, según la Circular 1/2008, la reforma diferencia varios tipos de acciones para hacer cesar las medidas de protección, a los que atribuye distintos plazos preclusivos para su ejercicio, garantizando la seguridad jurídica e impulsando, en última instancia, el principio del superior interés del menor.

De este modo, la piedra angular del nuevo sistema es la distinción entre dos clases de medios de impugnación, que hasta ahora estaban unificados tanto en su denominación (oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores), como en su régimen jurídico.

De este modo, esta nueva ordenación pasa a distinguir entre: a) una acción de oposición con la que se ataca la propia resolución administrativa determinada, sometida a plazos breves; y b) una acción de revocación de la resolución administrativa de protección, en base a un cambio en las circunstancias que la motivaron, para la que se concede un plazo más amplio (dos años, como se recoge en el art. 172.7 C.c.), la cual no

Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante”.

Cuatro. El apartado 1 del artículo 780 queda redactado en los siguientes términos:

“ No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores”.

Cinco. El apartado primero del artículo 781 queda redactado en los siguientes términos:

“1º Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753 de esta Ley”.

supone propiamente una impugnación de la misma, sino que, admitiendo la oportunidad de la misma en el momento inicial de su dictado, se fundamenta en la inadecuación de lo decidido por haberse modificado el *status quo* que justificó su adopción.

El punto 2º de la Circular FGE 1/2008 se dedica al plazo para recurrir la declaración de desamparo (entendiendo por ello, la acción de oposición a la resolución de declaración de desamparo), y comienza señalando que el nuevo apartado 6º del art. 172 C.c. dispone que las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la LEC, teniéndose en cuenta que, conforme a la reforma operada en la Ley Rituaria por la propia Ley 54/2007, su art. 780.1, párrafo 2º pasa a disponer que la oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación.

En esta acción de oposición la pretensión consiste en que se declare la resolución administrativa de desamparo no ajustada a Derecho y se deje sin efecto, de manera que sus fundamentos habrán de basarse en no ser ciertos los hechos en que se funda el acto administrativo, en no haberse valorado correctamente éstos dando lugar a una antijurídica declaración de desamparo o en ser improcedente la medida adoptada para concretar las consecuencias del desamparo⁴⁶⁷.

Apunta la FGE que es relativamente frecuente que en una misma resolución se acuerde el desamparo y se decida la concreta medida de protección conveniente (el acogimiento residencial o familiar, ya sea en familia extensa o en ajena). Para estos casos, cabe entender que la oposición podrá dirigirse a obtener el cese sin más del desamparo con la consiguiente revocación de la suspensión de la patria potestad, o bien, si con posterioridad a la declaración de desamparo se dictan resoluciones administrativas encaminadas a modificar la concreta modalidad de acogimiento acordada (para obtener, por ejemplo, la sustitución del acogimiento residencial por un acogimiento en familia extensa), o suspender el régimen de visitas, o cualquier

⁴⁶⁷ Para NORIEGA RODRÍGUEZ: “Consideraciones sobre las modificaciones de los artículos 172 C.c. y 178 LEC operadas por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional”, cit., pág. 7, “su oposición debe basarse en que la misma es infundada por no ser ciertos los hechos que provocaron su declaración”.

variación en la aplicación medida de protección; en este segundo supuesto, la oposición habrá de ajustarse al plazo más corto de dos meses.

También, a juicio de la FGE, cabrá articular tales pretensiones conjuntamente de manera subsidiaria o alternativa. En estos casos, se entenderá que el plazo para la impugnación es el de tres meses. En este sentido, la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores, en el último párrafo del apartado V, dice textualmente: *“sólo si tras la tutela automática urgente o tras la declaración provisional de desamparo se dicta en el procedimiento ordinario una resolución de desamparo y tutela basada en causas distintas, podrá ésta ser impugnada autónomamente comenzando a correr los plazos tras la notificación de la nueva resolución”*.

Desde nuestro punto de vista, esta precisión de la Circular 8/2011 es poco clarificadora, pues el art. 780 LEC no distingue entre desamparo y desamparo provisional⁴⁶⁸, de modo que nosotros creemos que debe entenderse aplicable el plazo de tres meses cuando la resolución administrativa implique la asunción de la tutela *ex lege* por la Entidad pública, y, desde nuestra perspectiva, el resto de resoluciones que hemos citado en el anterior párrafo han de considerarse caducadas a los dos meses desde su notificación, conforme a lo dispuesto por el inciso final del art. 780 LEC.

En definitiva, tal como señala la SAP. de Asturias de 6 febrero de 2014⁴⁶⁹, la nueva redacción al art. 780.1 LEC ha reordenando las distintas acciones de impugnación en dos categorías (tutela *ex lege* y resto de medidas de protección), estableciendo los plazos para su ejercicio (tres y dos meses, respectivamente), con el añadido de que la legitimación de los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad para ejercitar la acción de recuperación de dicha función tuitiva por modificación de las circunstancias ponderadas al tiempo de su adopción o para oponerse a las ulteriores decisiones de la entidad protectora, se sujeta a un límite temporal inamovible de dos años, como se deduce con toda claridad del art 172.7, párrafo 3º C.c.

⁴⁶⁸ Sí, en cambio, algunas legislaciones autonómicas, como, recuérdese, el Decreto andaluz 42/2002, que, en su art. 32, contempla la posibilidad de declarar como medida cautelar el desamparo provisional.

⁴⁶⁹ JUR 2014, 69507.

En cuanto al carácter de los plazos, la FGE considera que lo son de caducidad y no de prescripción y su cómputo se realizará conforme a lo dispuesto por los arts. 5.1 C.c. y 133 LEC.

En cuanto a la retroactividad de la Ley 54/2007, la FGE, en su Circular 1/2008, precisa que la nueva normativa no adquiere un efecto absolutamente retroactivo en tanto los plazos en ella establecidas no se computarán desde la notificación de la respectiva resolución que trate de impugnarse, sino que comenzarán a computarse en cada caso desde la entrada en vigor de la Ley el día 30 de diciembre de 2007.

2.2.c).- Competencia objetiva y territorial

El art. 779 LEC contiene normas especiales de competencia, tanto objetiva como territorial, para los procesos regulados en el Capítulo V, Título I de su libro IV.

Repite el legislador, como se verá seguidamente, la misma norma de competencia del art. 63.16 de la antigua LEC-1881, que continúa en vigor por así disponerlo expresamente la Disp. Derog. 1ª LEC-2000, siendo de aplicación a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de protección de menores que ya han sido analizados en el Tema anterior.

A) COMPETENCIA OBJETIVA:

La competencia objetiva es asumida por los JPI o de Familia en aquellos lugares en que existan estos órganos jurisdiccionales especializados.

En consecuencia, el legislador excluye, de un lado, a los jueces de paz que no pueden asumir competencias en esta materia y, de otro, a los juzgados de menores, a quienes competen, exclusivamente, las cuestiones relativas a menores infractores, de acuerdo con la LO. 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM).

B) COMPETENCIA TERRITORIAL:

Por otra parte, en lo que respecta a la competencia territorial, el art. 779 LEC prevé como fuero para determinar la competencia territorial el del lugar en que radique

la sede de la Entidad pública que tenga asignada la competencia de protección de menores.

Normalmente, cuando la competencia territorial viene determinada por el domicilio de la Entidad protectora, debe entenderse que dicha previsión legal se refiere al lugar donde tiene su sede la Delegación provincial de la Consejería del Gobierno autonómico que tenga atribuidas las competencias en materia de asuntos sociales y se ha ocupado de la protección del menor, aunque cabe la posibilidad de que esta actividad esté descentralizada, en cuanto existe una tendencia a ubicar estas competencias, por delegación, en el ámbito de la actividad municipal en aquellas ciudades que por su entidad e importancia configuren, de forma unitaria, el desarrollo de la política de asistencia social.

En concreto, según GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁷⁰, las dificultades a la hora de determinar la competencia territorial pueden surgir en aquellos supuestos en que existan en la provincia dos Delegaciones provinciales de la Consejería del gobierno autonómico que tengan atribuidas las competencias en materia de asuntos sociales, una en la capital de provincia y otra en una ciudad cuyo número de habitantes y volumen de trabajo así lo exijan en razón de un mejor servicio a los ciudadanos. En estos casos, de acuerdo con el art. 779 LEC, la competencia territorial sería asumida por el JPI o de Familia del lugar en que tiene su sede la Entidad pública, con independencia que sea la capital de provincia.

Sin embargo, esta interpretación encuentra un obstáculo en el art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que contiene una norma competencial que ordena el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los organismos públicos o los órganos constitucionales a los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, norma aplicable, siguiendo el tenor literal del precepto, con preferencia a cualquier otra sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento, salvo dos excepciones: los juicios universales y los interdictos de obra ruinosa. En consecuencia y partiendo de la consideración de que la Disp. Derog. única de la LEC

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*: “La oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores”, cit. [TOL1.210.175].

considera en vigor la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, la conclusión debería ser entender competente, en todo caso, para conocer de este tipo de procesos de menores el Juzgado que tenga su sede en la capital de provincia.

Sin embargo, a juicio de los autores citados⁴⁷¹, opinión que compartimos, se deben tener en cuenta otras consideraciones de relevancia que nos llevan a otra solución, sin duda, más ajustada al espíritu de toda la normativa vigente en materia de protección de menores.

Así, debe entenderse que tanto la Ley de Asistencia Jurídica al Estado como la LEC son leyes ordinarias, siendo esta última la más reciente, además de ser una norma especial que regula el proceso civil y que prevé, para los civiles especiales relativos a la protección de los menores, una norma de competencia territorial aplicable al caso concreto. De este modo, considera el legislador que, en esta materia, debido a los intereses en juego, no son válidas las normas competenciales vigentes, de ahí la necesidad del art. 779 LEC de precisar la competencia territorial.

A ello ha de añadirse la conveniencia de acercar la justicia a los ciudadanos, y más en la materia que nos ocupa, que exige no sólo cercanía sino también rapidez y agilidad en su tramitación, lo que se consigue si la misma Entidad que ha dictado la resolución en materia de protección de menores y que ha tramitado el correspondiente expediente, la que va a estar involucrada en el proceso normalmente como demandada, está más cercana al órgano jurisdiccional que va a tramitar el proceso. No podemos olvidar que en estos procesos por encima de cualquier otra consideración está el interés del menor y que será éste el que determine la actuación de todos los poderes públicos, incluido el juez.

Por todo ello, consideramos que la competencia territorial en estos procesos especiales corresponde al JPI o de Familia del domicilio de la Entidad pública que tiene la competencia en materia de protección de menores, con independencia de que esté o no ubicada en la capital de la provincia.

⁴⁷¹ GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA: *Op. cit.*

2.2. d).- Legitimación procesal

No especifica el art. 780 LEC quiénes están legitimados activa y pasivamente para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, entre ellas, la que declara el desamparo.

Sin embargo, teniendo en cuenta la normativa sustantiva sobre la materia, se puede decir que, en lo que respecta a la posición activa, podrá ser asumida por los padres, tutores o guardadores del menor, a quienes debe notificarse la resolución administrativa de protección.

A esto se añade, además, la legitimación del Ministerio Fiscal, que deberá decidir, una vez que se le comunique la resolución administrativa adoptada en relación al menor, si debe impugnar teniendo en cuenta, en todo caso, el interés del mismo.

La FGE entiende, en el punto 2º de su Circular 1/2008, que, en lo relativo a la legitimación, cabría entender que, respecto a la primera resolución que dictara la Administración decretando el desamparo, debiera operarse con un criterio restrictivo, teniendo en cuenta que la declaración de desamparo (que, en definitiva, supone la suspensión de la patria potestad) no afecta a la posición jurídica de abuelos, familiares o guardadores extraños, pues estas personas, familia extensa en general, en todo caso tendrán ocasión de intervenir a la hora de pedir a su favor el acogimiento o la adopción. El hecho de que el menor sea declarado en desamparo no implica desde luego su remoción del círculo de familia extensa que pueda proporcionarle la necesaria asistencia material y moral.

Sin embargo, parece más respetuoso para con el derecho a la tutela judicial efectiva interpretar la legitimación en sentido amplio, reconociéndola a los portadores de intereses legítimos, e incluyendo, por tanto, a padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor y guardadores, además de al Fiscal.

La FGE defiende la legitimación para esta acción en sentido amplio, basándose, para ello, en el art. 172.1 C.c., en el que en el que se prevé la notificación de la declaración de desamparo a los padres, tutores y guardadores, así como en las numerosas normativas autonómicas que así la reconocen⁴⁷².

⁴⁷² Así, los arts. 6, 7 y 8 de la Ley del Parlamento Catalán 37/1991, de 30 de diciembre sobre Medidas de Protección de los menores desamparados y de la adopción reconocen legitimación activa a las siguientes

Parece claro que la previsión legal de la obligación de notificación responde al reconocimiento de la concurrencia de un interés legítimo en los destinatarios de tal acto de comunicación. En esta línea, la Circular FGE 1/2001, de 5 de abril establece que, en relación con la impugnación en general de resoluciones en materia de protección de menores, respecto a la legitimación, teniendo en cuenta que la ley utiliza la expresión “*quien pretenda oponerse a una resolución...*”, habrá de reconocérsela a cualquiera que ostente un derecho o interés legítimo, de manera análoga a lo previsto en el art. 19.1.a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, en todo caso, al Ministerio Fiscal.

Se plantean GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁷³ la posibilidad de que el menor esté legitimado para impugnar por sí mismo las resoluciones administrativas que acuerden el desamparo o cualquier otra medida de protección en relación a su persona. Considerando que es un asunto problemático, entienden que deben tenerse en cuenta diversos preceptos: entre las normas procesales, el art. 780.2 LEC no excluye la legitimación activa del menor en este procedimiento, pues alude únicamente a “*quien pretenda oponerse a una resolución administrativa*”; por otra parte, entre las normas sustantivas, el art. 162. 1 C.c. dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuándose los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo y, por otra parte, el art. 9 LOPJM regula el derecho del menor a ser oído “*en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*”, además de garantizar que este derecho pueda ser ejercitado por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

A la vista de ello, no creemos que exista inconveniente alguno en atribuir

personas: padres, tutor o guardador del menor, familiares que últimamente han convivido con el menor y Ministerio Fiscal; el art. 71 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Illes Balears; el art. 32 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria; el art. 22.2 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia de la Comunidad Valenciana o el art. 58.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País Vasco.

⁴⁷³ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*: “La oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores”, cit. [TOL1.210.175].

legitimación activa al menor que tenga suficiente juicio para impugnar las resoluciones administrativas cuando no esté conforme con su contenido, siempre que no sea el Ministerio Fiscal el que considere que se debe proceder a la impugnación, pues, en tal caso, el menor de edad debe estar representado en el proceso por un defensor judicial, ante la existencia de intereses contrapuestos.

En lo que respecta a la legitimación pasiva en este procedimiento, será asumida por el Ente público a quien se le encomienda la protección de menores, en cuanto éste ha dictado la resolución que se pretende impugnar.

Además, han de ser llamados al proceso todas las personas que mantengan relaciones de patria potestad o de tutela respecto al menor.

Especialmente, en relación a los padres, con frecuencia, la impugnación se promueve por uno de ellos, mientras que el otro está conforme con la resolución, por lo que no se puede seguir el proceso sin darle la oportunidad de que intervenga en el mismo, ya sea como coadyuvante de acuerdo con el art. 13 LEC o, incluso, como demandado⁴⁷⁴.

En la práctica, es frecuente que los progenitores soliciten Abogado de Oficio, dado que estas personas carecen de recursos económicos suficientes como para costear los honorarios profesionales de abogados y procuradores. En tales casos, la legitimidad procesal la ostenta sólo el peticionario de Justicia Gratuita (suele pedirla sólo uno de los progenitores), puesto que el Procurador de Oficio solo ostenta la representación procesal del beneficiario de justicia gratuita, para quien es designado, de modo que el progenitor que no haya solicitado conjuntamente la asistencia jurídica gratuita se queda fuera del procedimiento.

Ante ello, cabe la posibilidad de solicitar al Juzgado que haya incoado el asunto que, mediante comparecencia “*apud acta*” ante el Secretario Judicial, le otorgue la representación ese mismo Procurador que ya se le concedió al otro progenitor mediante Turno de Oficio, a fin de que ambos puedan ser oídos en la vista oral.

Cabe la posibilidad, en el caso que no se haya asignado Procurador a un progenitor, que en el acto del juicio oral, la parte actora-opositora lo proponga como

⁴⁷⁴ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Op. cit.*.

testigo (arts. 360 y ss. LEC) para darle la oportunidad de ser oído.

Sea como fuere, consideramos que los progenitores del menor han de participar siempre, tanto en los procedimientos administrativos y judiciales, y en éstos últimos han que gozar del máximo de garantías procesales⁴⁷⁵.

2.2. e).- Postulación procesal

El art. 750.1 LEC establece que *“las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador”*. De este modo, el legislador, pese a la sencillez del procedimiento a través del cual se deben tramitar estas cuestiones (el juicio verbal *ex art. 753 LEC*), tiene en cuenta el interés general inherente a las mismas para justificar la intervención preceptiva de Abogado y Procurador, asegurando de esta forma que las partes estén debidamente representadas y asistidas⁴⁷⁶.

Teniendo en cuenta que los opositores, padres o tutores de los menores suelen carecer de recursos económicos suficientes para litigar, como acabamos de apuntar, cuentan con la posibilidad de acceder al beneficio de Justicia Gratuita, conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996⁴⁷⁷. El simple hecho de instar la solicitud para obtener Abogado y Procurador a cargo de los fondos públicos, implica la paralización del plazo de caducidad, que volverá a reanudarse una vez sean designados los correspondientes profesionales que vaya a ostentar la defensa y representación en el procedimiento de oposición.

Ahora bien, la parte opositora o demandante en estos procedimientos puede comparecer asistida de abogado y procurador de su libre designación y no optar por

⁴⁷⁵ En este aspecto se debe señalar que es muy abundante la doctrina del TEDH (entre otros pronunciamiento, citamos la STEDH. de 8 julio de 1987, Caso R. contra Reino Unido (TEDH 1987, 12) y la STEDH. de 9 de mayo de 2003, caso Covezzi y Morselli contra Italia (TEDH 2003, 24), según la cual se considera que la limitación del derecho de defensa de los progenitores es una vulneración del art. 6.1 del Convenio de Roma de 1999, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁴⁷⁶ GONZÁLEZ PILLADO: “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, cit., pág. 24.

⁴⁷⁷ En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la norma aplicable es el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

solicitar el beneficio de justicia gratuita, si bien, en la práctica, como venimos indicando, lo segundo suele ser lo más habitual.

En lo que respecta a la parte pasiva, el Ente Público con competencia en materia de protección de menores, su actuación en el proceso será a través del Abogado del Estado o de los Letrados de la Comunidad Autónoma de que se trate, sin necesidad de Procurador (arts. 439.2 y 447 LOPJ y art. 1 Ley 52/1997)⁴⁷⁸.

Como puede deducirse, el desequilibrio entre ambas partes procesales, es más que evidente, pues ha de señalarse que, en estos procedimientos, una defensa gratuita nunca goza de los medios de prueba suficientes como para ejercer esa defensa en condiciones de igualdad y equiparación a la parte demandada, la Administración tutelante. A la vista de nuestra propia experiencia profesional, resulta prácticamente imposible aportar periciales de parte, elaboradas por profesionales independientes y libremente elegidos por la parte, pues nadie se hace cargo del abono de sus respectivos honorarios profesionales (de hecho, en algún caso, se han solicitado a las Comisiones Provinciales y dichas solicitudes no ha sido admitidas), lo que constriñe al Abogado defensor de los padres o tutores a utilizar las mismas pruebas que han conducido a la Administración a declarar el desamparo, si bien haciendo una interpretación favorable a los padres y poniendo siempre de manifiesto que las pruebas son parciales, con el fin de restarles credibilidad. De todos modos, como decimos, en caso de utilizarse asistencia jurídica gratuita, las partes procesales se encuentran en claro desequilibrio.

2.2.f).- Escritos de impugnación y demanda. Desarrollo del procedimiento

En una forma similar a lo que ocurre en el proceso contencioso-administrativo y teniendo en cuenta que el actor no conoce el contenido del expediente administrativo, a efectos de poder redactar de una forma adecuada su demanda, se establece un trámite previo a la presentación de la misma cuyo objeto es poner a disposición del demandante todos los datos que ha utilizado el órgano público para adoptar esa decisión.

Por tanto, en tanto para el escrito de iniciación sólo se exigen datos

⁴⁷⁸ GONZÁLEZ PILLADO: “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, cit., pág. 25.

identificativos de la concreta actuación administrativa y de las partes, en la demanda debe figurar una exposición detallada de la concreta pretensión del demandante.

Así, siendo consciente el legislador de que el actor no podrá fundamentar debidamente su pretensión si no cuenta con todos los documentos incorporados al expediente administrativo, se prevé que el proceso se inicie mediante un escrito no fundamentado para que, posteriormente, una vez conocido el expediente administrativo, pueda presentarse la demanda debidamente fundamentada. Se evitan, así, situaciones de indefensión para todos aquellos que quieran poner en marcha este procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ya que, antes de formalizar su oposición, podrán conocer todos los datos y documentos que han motivado la resolución administrativa dictada.

Así las cosas, debemos distinguir el escrito de impugnación de la demanda.

A) ESCRITO DE IMPUGNACIÓN:

El procedimiento se inicia con la presentación de un “*escrito inicial*” que debe contener la concreta “*pretensión y la resolución a la que se opone*” (art. 780.2 LEC). Por consiguiente, el actor no tiene que presentar una demanda sino solamente un escrito sucinto en los términos de la norma; concretamente, deberá consignar la concreta pretensión, esto es, la petición de impugnación de la resolución administrativa, e identificar cuál es la resolución y el Ente administrativo que la ha dictado, siendo éstos los únicos requisitos que exige el art. 780.2 LEC. No obstante, a esos dos contenidos se deben añadir, además, los datos personales del solicitante, así como su domicilio a efectos de notificaciones.

GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁷⁹ consideran que, pese al silencio de la norma, no se exigirá para la presentación de este escrito inicial intervención de Abogado y Procurador, en contra de la previsión general contenida en el art. 750 LEC, puesto que así se deriva de la interpretación sistemática del precepto que lleva a evitar en todo caso las dilaciones innecesarias, garantizando la celeridad en el procedimiento.

⁴⁷⁹ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*: “La oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores”, cit. [TOL1.210.175].

Nosotros, sin embargo, discrepamos, pues lo cierto es que, en la práctica procesal, se actúa siempre y desde el principio asistido de Abogado y Procurador. Encontramos la razón de ello en que no podemos ignorar que la admisión del escrito inicial por un Juzgado de Familia implica la incoación de un procedimiento incluido en el Título I del Libro IV de la LEC, y conforme a su art. 750.1, *“fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador”*.

Por tanto, no tiene sentido actuar inicialmente sin postulación y representación, en aras de la celeridad, teniendo en cuenta que, una vez admitido a trámite, y en el momento que llega al Juzgado el expediente administrativo requerido por la autoridad judicial, la parte opositora tiene un plazo de veinte días para contestar. Quizás es posible iniciar el trámite sin Abogado y Procurador para evitar la caducidad, si bien será requerido por el Juzgado para que en un plazo mínimo de días (al amparo del art. 132 LEC cuando no se señala plazo concreto las actuaciones judiciales se deben realizar sin dilación) se persone en la causa con Abogado y Procurador, para que formalmente insten la oposición conforme el procedimiento correspondiente, en el que son preceptivas ambas figuras. En definitiva, lo que se produciría sería una suspensión formal de los plazos por parte del Juzgado hasta que se designaran a los correspondientes profesionales. Una vez designados se reanudaría el plazo. Actualmente, esta situación se resuelve a través del Servicio de Orientación Jurídica Gratuita (SOJG), pues en el momento que se solicita Abogado y Procurador del Turno de Oficio, es este servicio dependiente del Colegio de Abogados quien emite una certificación, que va dirigida al Juez, donde se hace constar la fecha de solicitud de profesionales del Turno de Oficio con la suspensión del plazo y, una vez que éstos son designados, vuelve a reanudarse por el tiempo restante. Ahora bien, al iniciar la oposición ante el Juzgado, hay que adjuntarle al escrito inicial, tanto la designación como el certificado de suspensión del plazo, a fin de acreditar que éste no ha precluído.

Como ya hemos apuntado, una vez presentado este escrito ante el órgano competente, éste deberá admitirlo siempre que se refiera a una resolución administrativa en materia de protección de menores a través de la correspondiente resolución judicial

que tendrá forma de Auto, y cuyo contenido no se agota solamente en acordar la incoación del procedimiento sino que traerá consigo, además, la remisión de un oficio a la Entidad administrativa para que aporte a los autos un testimonio del expediente administrativo en el plazo de 20 días (art. 780.3 LEC).

La obligación del Ente público de dar cumplimiento al requerimiento judicial de aportación del expediente administrativo deriva del deber general de colaborar con la Administración de Justicia previsto en los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ. No obstante, la Ley procesal civil no establece ningún mecanismo de coerción que asegure su remisión por parte del Ente, como ocurre en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa (art. 48, apdos. 7º a 10º). Pese al silencio legal, si la Administración se resistiera a la remisión del expediente en plazo, el órgano jurisdiccional podrá imponerle multas de acuerdo con el art. 247 LEC, pudiendo, incluso, incurrir el responsable del Ente en el delito de desobediencia del art. 410 CP. De hecho, no resulta infrecuente que, a veces, el Juez de Familia tenga que requerir el expediente administrativo a la Entidad pública protectora bajo apercibimiento del citado precepto del CP.

No obstante, siguiendo a GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁸⁰, es posible, en la práctica, que el Ente Público competente en materia de protección de menores pretenda mantener reservados determinados datos y circunstancias, como pueden ser los relativos a las familias acogedoras o informes técnicos confidenciales, no sólo respecto a su contenido sino también a la identidad de sus autores.

En tales supuestos, la cuestión deberá ser planteada ante el órgano jurisdiccional quien, a la vista de los intereses en juego, decidirá lo que estime oportuno, tal como prevé el art. 371 LEC para la declaración testifical.

Desde nuestra experiencia profesional, podemos apuntar que, en el caso concreto de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, es habitual que remita al Juzgado toda la documentación que obre en su poder relativa a las circunstancias del procedimiento. Ahora bien, de conformidad con el contenido de la Disp. Adic. 1ª de la Ley 21/1987, donde se establece en el penúltimo párrafo que *“las personas que presten servicios en las Entidades*

⁴⁸⁰ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, cit. [TOL1.210.175].

públicas o en las Instituciones colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción”, suelen hacer constar los folios que contienen la materia reservada y evitar que quede a la vista en el expediente. De este modo, cuando el Juzgado emplaza por veinte días a la parte actora para formular demanda y darle vista del expediente, los folios que contienen la identidad de los acogedores ya aparecen perfectamente sellados para evitar el acceso a los mismos por parte del personal del Juzgado, Abogados o Procuradores y, de este modo, que la familia de origen conozca los datos de los acogedores. Ello, a nuestro modo de ver, implica indefensión, puesto que se rompe el equilibrio del principio de contradicción procesal, dado que el Fiscal y la Abogacía de la Entidad pública cuentan con pruebas documentales que les son negadas a la opositora.

B) FORMALIZACIÓN DE LA DEMANDA:

Una vez recibido el testimonio del expediente administrativo, el órgano jurisdiccional emplazará al actor para que, en un plazo de veinte días, presente la correspondiente demanda (art. 780.4 LEC). A tal efecto, se le comunicará que está a su disposición en la Secretaría del juzgado el citado expediente para la adecuada formulación de la demanda.

No alude el legislador a cómo se debe elaborar el escrito de demanda.

En principio, si tenemos en cuenta que el procedimiento adecuado para tramitar este tipo de reclamaciones es el verbal, de acuerdo con la remisión que el art. 780.4 LEC hace al art. 753 el mismo Cuerpo legal, se debería entender que la demanda tendría que adaptarse a lo establecido en el art. 437 LEC, esto es, demanda sucinta. Sin embargo, consideramos que el actor tiene que redactar su demanda de acuerdo con las normas del procedimiento ordinario, y ello porque ha de tenerse en cuenta que en el escrito iniciador de este procedimiento se ha debido exponer de forma sucinta la pretensión, y ahora, en el momento de presentar la demanda, es cuando el demandante cuenta ya con todos los datos que se hayan obtenido del expediente administrativo.

Para la presentación de la demanda se exige intervención de Abogado y Procurador por así disponerlo el art. 750.1 LEC para todos los procesos regulados en el

Título I del Libro IV LEC.

Como ya se ha apuntado, para la presentación de la demanda tiene el actor un plazo de veinte días, transcurrido el cual sin que se haya hecho efectiva esa presentación, se dictará por el órgano jurisdiccional Auto de sobreseimiento, con el consiguiente archivo de las actuaciones. Ello no implica que el actor pierda la posibilidad de iniciar nuevamente el procedimiento en otro momento posterior, sino que, por el contrario, podrá hacerlo cuando lo estime oportuno siempre que se encuentre dentro del plazo establecido, argumento éste avalado, *a contrario sensu*, por el art. 781.2 LEC, relativo al procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, cuando señala que “*si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate*”.

Finalmente, añadir que la demanda deberá ir acompañada de los documentos que con carácter general aparecen previstos en los arts. 264 y 265 LEC.

C) TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

De la demanda se da traslado al Ministerio Fiscal, y a “*las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados*” (art. 753 LEC). Con esta previsión el legislador impone al juez un examen de oficio de la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, ordenando el emplazamiento de las personas cuya presencia es necesaria y, sin embargo, no han sido llamadas al proceso.

Tanto el Fiscal como el demandado cuentan un plazo de veinte días para comparecer y contestar a la demanda por escrito (art. 753 LEC) en la forma prevista con carácter general para el procedimiento ordinario en el art. 405 LEC⁴⁸¹.

D) VISTA ORAL Y PRUEBA:

A falta de disposición expresa, la vista se deberá celebrar en la forma prevista en

⁴⁸¹ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Op. cit.*, [TOL1.210.175].

los arts. 443, 444 y 445 LEC, aunque con las particularidades de tramitación de este procedimiento *ex art. 753 de la Ley Rituaria*.

En consecuencia, se iniciará con la ratificación del contenido de la demanda por parte del demandante, seguidamente hará lo mismo el demandado, quien podrá alegar, además, la falta de algún presupuesto o requisito de carácter procesal, y finalmente, podrá intervenir, en su caso, el Ministerio Fiscal.

Una vez resueltas por el órgano jurisdiccional las cuestiones procesales que pudieran haber surgido y fijados los hechos, se dará la palabra a las partes para que formulen la relación de medios de prueba de que intenten valerse.

Contra la inadmisión de cualquier medio de prueba se podrá formular oralmente recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, caso de desestimarse, cabrá protesta a los efectos de proponer de nuevo prueba en la segunda instancia (art. 285 LEC).

La prueba deberá ejecutarse en el acto de la vista, si bien cuando no fuere posible, se practicará en el plazo que decrete el órgano jurisdiccional, que no podrá exceder de treinta días (art. 770.4 LEC). Durante este plazo se permite al órgano jurisdiccional *“acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable”*. Nuevamente, nos encontramos con una especialidad derivada de la naturaleza pública de los intereses en juego.

Además, y pese al silencio de la norma, como contenido necesario de la vista, opinan GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁸² que el órgano jurisdiccional debe dar audiencia al menor de edad, dándose cumplimiento, de este modo, a la previsión general contenida en el art. 9 LOPJM.

Sin embargo, en la práctica (al menos, en los Juzgados de Familia de Sevilla) podemos afirmar que los menores no comparecen al acto de la Vista Oral con el fin de evitarle la victimización, ahora bien, sí son oídos por el Juez mediante la exploración a

⁴⁸² GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Op. cit.*

los que tengan suficiente juicio, la cual se realiza en privado ante la presencia de algún técnico del Equipo Psicosocial y sin la presencia de la parte actora. Y para los menores más pequeños, suele pedirse el examen por parte del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, para averiguar qué grado de vinculación afectiva mantiene el menor con su familia. En todo caso, se evita siempre la estigmatización que le puede provocar una situación tan tensa como es un juicio oral.

Consideran GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁴⁸³ que es clara la razón que ha llevado al legislador a establecer en el art. 9 LOPJM el carácter necesario de la audiencia al menor en los procesos que tienen por objeto una decisión que le afecte, pues de lo que se trata, en último término, es de establecer una garantía del procedimiento tendente a ilustrar la opinión del juez y, además, a exponer y defender los intereses familiares y/o económicos del menor afectado por el proceso.

Al respecto, una cuestión importante es determinar cuándo es preceptiva la audiencia al menor, pues el art. 9 LOPJM, en su apartado 2º, únicamente garantiza *“que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”*.

Entienden GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA que quizás se debería seguir el criterio establecido por el art. 770.4 *in fine* LEC, relativo al procedimiento matrimonial contencioso, cuando ordena al juez dar audiencia al menor de edad pero mayor de doce años, mientras que la audiencia al menor de doce años queda supeditada a que tenga suficiente juicio. Esto es, considera el legislador que por encima de los doce años el menor tiene criterio y madurez suficiente para poder emitir una opinión coherente y siempre debe dársele audiencia, mientras que por debajo de esa edad no, aunque se considera que debe ser oído cuando tenga suficiente juicio.

De esta forma, el mayor de doce años será oído necesariamente, ya sea de forma

⁴⁸³ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Íbidem*.

directa o a través de la persona que él designe, que será quien transmita al órgano jurisdiccional la opinión o el juicio del menor. El menor de doce años será oído, en cambio, solamente cuanto tenga suficiente juicio, y aquí se deberá tener en cuenta la valoración del estado del menor que hagan los técnicos al servicio del órgano jurisdiccional. Si, por el contrario, el menor carece de ese “suficiente juicio” al que alude la norma, se acudirá a su representante para que defienda sus intereses.

No se contiene en la ley ninguna previsión sobre el modo en que ha de realizarse la audiencia a los menores. Si bien es cierto que los menores pueden ser testigos aún antes de haber alcanzado los catorce años si el juez considera que “poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente” (art. 361.2 LEC), se debe tener presente que la audiencia al menor no es una prueba testifical y, por tanto, no son de aplicación las normas reguladoras de la misma. Pese a la falta de previsión normativa, la audiencia al menor debe hacerse en presencia del juez, el Ministerio Fiscal, el secretario judicial y los integrantes del equipo técnico, excluyéndose a las partes, pues su presencia podría resultar perturbadora para el menor.

Finalmente, debe recordarse que el art. 754 LEC, partiendo del carácter de los derechos e intereses que se discuten en este proceso, ha dispuesto un régimen especial de publicidad de los actos y vistas que se celebren, permitiendo al órgano jurisdiccional que, tanto de oficio como a instancia de parte, acuerde que sean a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen, aunque no se esté en ninguno de los supuestos del art. 138.2 LEC. Sin duda, esta exclusión de la publicidad adquiere especial relevancia por respeto a la intimidad del menor.

E) FIN DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA:

Practicadas las pruebas, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días, denegando o estimando la oposición a la resolución administrativa.

En cuanto la posibilidad de terminar el procedimiento por desistimiento, de conformidad con el carácter indisponible de las materias objeto del proceso de menores, el art. 751.1 LEC proclama, de forma tajante, que en los procesos regulados en el Título I del Libro IV de la citada Ley “no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento y la transacción”, condicionándose el desistimiento en el párrafo 2º del mismo precepto a la

previa conformidad del Ministerio Fiscal, salvo las excepciones que se enumeran y que no aluden al proceso objeto de estudio. Fuera de estos supuestos excepcionales, una vez formalizado el desistimiento del actor, el órgano jurisdiccional deberá requerir al Ministerio Fiscal para que manifieste, a la vista de los intereses en juego, si considera que la terminación anticipada del proceso puede provocar perjuicios a las partes del proceso o a terceros interesados.

No se debe olvidar, además, que el alcance de las limitaciones a los distintos actos de disposición de la pretensión y del proceso se extiende, únicamente, a la parte del objeto del proceso que es indisponible por trascender del interés privado de las partes, de ahí la acertada previsión del legislador contenida en el párrafo 3º del mismo art. 751 LEC⁴⁸⁴.

2.2.g).- Régimen de recursos

El régimen de recursos es igual, tanto si se recurren sentencias de procedimientos de oposición al desamparo, como si se recurren sentencias dictadas en procedimientos verbales dimanantes de propuestas de acogimiento o adopción que se iniciaron mediante jurisdicción voluntaria, dado que para la interposición de los mismos se parte de una resolución judicial, absolutamente independiente y ajena al procedimiento administrativo.

Así, en líneas generales, y con el fin de situar la cuestión, señalamos que contra las sentencias o los Autos que dicten los JPI., cabe recurso de apelación ante la AP. Y a su vez, contra las sentencias dictadas por las AAPP., es decir, en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación⁴⁸⁵, si bien siempre y cuando se den los requisitos que la LEC establece para la interposición de los mismos.

⁴⁸⁴ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Op. cit.*, págs. 12 a 15.

⁴⁸⁵ Según el art. 466.2 y 3 LEC, si se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos a que se refiere el apartado anterior, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, se tendrá por inadmitido el recurso de casación. Cuando los distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por distinta clase de recurso extraordinario, se estará a lo dispuesto en el art. 488 LEC (este precepto le da preferencia al recurso extraordinario de revisión, para ser resuelto).

Conforme a ello, abordaremos con detalle, en primer lugar, el recurso de apelación, y, posteriormente, el de casación, dada la importancia del mismo en esta materia. Para finalizar enunciaremos el recurso extraordinario por infracción procesal, si bien, desde nuestra experiencia profesional, podemos manifestar que no son habituales las infracciones procesales en la segunda instancia con relación a esta materia⁴⁸⁶, con lo cual se limitan las posibilidades de interponer el mismo.

A) RECURSO DE APELACIÓN:

Contra las sentencias dictadas por los JPI, conforme lo establecido en el art. 455 LEC cabe recurso de apelación, puesto que son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale⁴⁸⁷.

En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los Fundamentos de hecho y de Derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un Auto o Sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación.

La apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda carecerá de efectos suspensivos, sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto, de modo que, en estos casos, se trata de sentencias de primera instancia que ratifican el desamparo acordado por la Administración.

Por lo que respecta a las sentencias estimatorias de la demanda, es decir, las que

⁴⁸⁶ En Sevilla, que es el ámbito procesal en el que nos movemos, los recursos de apelación en materia de protección de menores los resuelve siempre la Sección 2ª de la AP., que es un órgano muy especializado y, desde el punto de vista procesal, cuida al detalle el procedimiento, con lo cual, es prácticamente nula la posibilidad de interponer contra sus resoluciones recursos extraordinarios.

⁴⁸⁷ En estos asuntos, suele recurrir la parte opositora, debido a que, frecuentemente, las sentencias de instancia ratifican lo acordado por la Entidad Pública. Sin embargo, ello no siempre es así, en los casos en que el JPI no ratifica íntegramente lo acordado por la Administración, ésta se convierte en recurrente y la opositora, o bien se opondrá totalmente al recurso pidiendo la ratificación de la sentencia recurrida, o bien, se opondrá al recurso e impugnará la sentencia de instancia en lo que no le favorezca, puesto que cabe la posibilidad de que el JPI estime parcialmente la oposición. En cuanto al Fiscal, tiene una postura independiente aunque afín a la Entidad Pública, motivo éste por el que suele mantenerse contrario a la postura de la familia biológica.

dejaran sin efecto el desamparo acordado por la Entidad pública y devolvieran el ejercicio de la patria potestad a los progenitores, contra las que se interponga el recurso de apelación por parte del Fiscal, y/o de la Administración, tendrán, según la naturaleza y contenido de sus pronunciamientos, la eficacia que establece el Título II del Libro III de la LEC, según su art. 456, es decir, estas sentencias son ejecutables desde el momento en que se notifican. En caso de no ejecutarlas la Entidad protectora, se debe iniciar un procedimiento de ejecución provisional por parte de los progenitores.

En materia de recursos, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, ha supuesto una importante modificación, aportando celeridad al procedimiento⁴⁸⁸.

Según el art. 458 LEC, el recurso de apelación se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiere formulado dentro de plazo, en el plazo de tres días el Secretario judicial tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario, lo pondrá en conocimiento del Tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso.

Si el Tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará Providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará Auto declarando la inadmisión. Contra este Auto sólo podrá interponerse recurso de queja⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal (BOE núm. 245. de 11 de octubre 2011), ha dejado sin efecto el art. 457 LEC, el cual obligaba a preparar el recurso ante el Tribunal “*a quo*”, en un plazo de cinco días. En el escrito de preparación, el recurrente se limitaba a citar la sentencia que se iba a apelar y a poner de manifiesto su intención de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnaban. Una vez admitido por el Juzgado, si la resolución era recurrible, se tenía por preparado el recurso y se emplazaba a la parte recurrente para que en veinte días presentara escrito de apelación.

⁴⁸⁹ Art. 494.1 LEC: “*Contra los autos en los que el tribunal que haya dictado la resolución que se pretenda recurrir, denegare la tramitación de un recurso de, apelación, extraordinario por infracción procesal, o de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado. Los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente*”.

Art. 495.1 LEC: “*El recurso de queja se interpondrá ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación. Con el recurso deberá acompañarse copia de la resolución recurrida. 2. Presentado en tiempo el recurso con dicha copia, el tribunal resolverá sobre él en el plazo de cinco días. Si considerase bien denegada la*

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el art. 461 LEC.

En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello (art. 459 LEC).

En cuanto a los documentos que pueden acompañarse al escrito de interposición y la solicitud de pruebas, según el art. 460 LEC, sólo podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 270 LEC y que no hayan podido aportarse en la primera instancia.

Por lo que respecta a la práctica de las pruebas en segunda instancia, en el escrito de interposición del recurso se podrá pedir, además, la práctica de las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia (eso sí, siempre que se hubiere recurrido la denegación en reposición o se hubiese formulado la correspondiente protesta en la vista oral, constandingo ello en el acta); todas aquellas pruebas propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales; y también las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad (debe tenerse en cuenta que en estos procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas, es probable que durante la tramitación de los mismos puedan surgir cuestiones fundamentales que afecten al fondo del asunto, dado que pueden evolucionar de muy distinta forma las circunstancias que originalmente dieron lugar a decretar la tutela *ex lege*, y que sea necesario acreditarlas durante la segunda instancia).

tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estimase mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación. 3. Contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno”.

Establece el art. 461 LEC que el Secretario judicial dará traslado a las demás partes del escrito de interposición del recurso de apelación, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, en este caso el JPI, escrito de oposición al recurso o, si se diera la circunstancia de que alguna de las partes procesales no estuviera conforme con la sentencia, formulen escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable. Estos escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición.

También podrán acompañarse al escrito los documentos que se entiendan necesarios, y solicitarse las pruebas que la parte o partes apeladas consideren necesarios, siempre con arreglo a lo dispuesto en el art. 460 LEC, así como formularse las alegaciones que se estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por el apelante.

De estos escritos de impugnación, y/o de oposición, el Secretario judicial dará traslado al apelante principal para que, en el plazo de diez días, manifieste lo que tenga por conveniente sobre la admisibilidad de la impugnación y, en su caso, sobre los documentos aportados y pruebas propuestas por el apelado.

Durante la sustanciación del recurso de apelación, el Tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida, es decir, el JPI., se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la sentencia apelada (art. 462 LEC).

Una vez interpuesto el recurso de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación (art. 463 LEC), el Secretario judicial ordenará la remisión de los autos al Tribunal competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por término de diez días. Si el apelante no compareciere dentro de plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida⁴⁹⁰.

Finalmente, recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, la AP., si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba,

⁴⁹⁰ Si se hubiere solicitado la ejecución provisional de la sentencia recurrida, quedará en el JPI testimonio de todo lo necesario para dicha ejecución. Cuando se hubiere solicitado la ejecución provisional, después de haberse remitido los autos al Tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario para la ejecución.

acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante Providencia, la celebración de vista, siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para dicho acto (art. 464 LEC).

Es habitual, en la práctica procesal, que en los recursos de apelación de sentencias que versen sobre oposición a las medidas de protección de menores (al menos, en el foro sevillano, el que conocemos) señalen vista oral, aun cuando no se propongan nuevas pruebas. Simplemente, se señala porque la AP. lo considera necesario para aplicar el máximo rigor, teniendo en cuenta la materia objeto del recurso.

Por lo que se refiere al desarrollo de la vista se sigue lo establecido en los arts. 185 y 186 LEC, siendo a puerta cerrada, para preservar el derecho a la intimidad del menor, y comenzando dando lectura el Secretario al número de expediente e identificando quién es la parte recurrente y quién la parte recurrida. Seguidamente, el presidente de la Sala dará la palabra primero al recurrente, después al recurrido, y, por último, al Ministerio Fiscal.

Completado el procedimiento, la AP. resolverá sobre el recurso de apelación mediante Sentencia (art. 465 LEC)⁴⁹¹, la cual deberá ser dictada dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista. Si no se hubiere celebrado vista, la Sentencia habrá de dictarse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el Tribunal competente para la apelación⁴⁹².

⁴⁹¹ Cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra una Sentencia y resolverá mediante Auto si se hubiera interpuesto contra este tipo de resolución dictada por el JPI. en el curso del procedimiento.

⁴⁹² Dispone el art. 465 LEC que si se alega infracción procesal en el recurso de apelación y ésta se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, en este caso, la AP., tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso.

Cuando la infracción procesal fuere de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, el Tribunal lo declarará así mediante Providencia, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió.

No se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, para lo que el Tribunal concederá un plazo no superior a diez días, salvo que el vicio se pusiere de manifiesto en la vista y fuere subsanable en el acto.

La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse, exclusivamente, sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461 LEC. La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

B) RECURSO DE CASACIÓN:

Según dispone el art. 466.1 LEC, contra las sentencias dictadas por las AAPP. en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación.

Dejando para el siguiente apartado el recurso extraordinario por infracción procesal, pasamos ahora a desarrollar el recurso de casación.

Y para comenzar, en primer lugar, es necesario partir de la base que, no todas las resoluciones de segunda instancia son recurribles en casación, pues según el art. 477.1 LEC, el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Así serán recurribles en casación las sentencias dictadas en materia de protección de menores en segunda instancia por las AAPP., en los siguientes casos: por un lado, cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 CE, y por otro, cuando la resolución objeto del recurso presente interés casacional.

Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del TS. o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las AAPP. o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese

Producida la subsanación y, en su caso, oídas las partes y practicada la prueba admisible, el Tribunal de apelación dictará resolución sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito.

En ese caso, según dispone el art. 467 LEC, contra las sentencias que dicten las AAPP. a consecuencia de haberse estimado recurso extraordinario por infracción procesal no se admitirá de nuevo este recurso extraordinario si no se fundara en infracciones y cuestiones diferentes de la que fue objeto del primer recurso, por lo que solo cabría recurso de casación.

doctrina jurisprudencial del TS. relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Por otro lado, cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un TSJ., se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente⁴⁹³.

⁴⁹³ En la STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581), en un procedimiento de oposición de medidas de protección de menores, se recoge la motivación del recurso, y aparece en el motivo primero la impugnación en base a la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones de fondo. Seguidamente en los motivos segundo y tercero, se utiliza como base de impugnación al interés casacional. A continuación, reproducimos los motivos contenidos en el FJ. 2º de la Sentencia:

“El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«De acuerdo con lo establecido en el artículo 477.1 LEC, el recurso se funda en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En el presente caso se denuncia la infracción legal del artículo 172 C.c. (LEG 1889, 27) que, tras definir la situación legal de desamparo, establece, en su número 4, que se buscará siempre el interés de menor, así como el artículo 2 LOPJM (RCL 1996, 145), conforme al cual "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", incluida la reinmersión del menor en su propia familia.

»Igualmente se invoca una inadecuada aplicación de la restante normativa invocada en la sentencia impugnada, entre la que cabe citar los diversos Convenios y Tratados Internacionales, concretamente "La Convención de Derechos del Niño", de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y la "Carta Europea de los Derechos del Niño", aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida: (a) reconoce que la medida inicialmente adoptada por la Administración estaba justificada; (b) no se fundamenta, en contra de la jurisprudencia, en las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida administrativa de protección de la menor, sino únicamente en los supuestos cambios producidos con posterioridad en las circunstancias de la madre biológica (a pesar de que la prueba pericial judicial practicada en la que se fundamenta la sentencia recoge la subsistencia de importantes deficiencias, aspecto que la sentencia desconoce); (c) desconoce el contenido del informe sobre el poco tiempo que la menor ha convivido con su madre biológica y sobre el largo periodo de su vida transcurrido en el seno de la familia acogedora y la opinión de la psicóloga según la cual un cambio de situación provocaría un desajuste psicológico con problemas emocionales, de estrés y ansiedad, entre otros; (d) estas dos últimas circunstancias resultan, a juicio de la parte recurrente, determinantes, y la sentencia, al no tenerlas en cuenta, desconoce la supeditación del interés de la madre biológica al interés de la menor por encima de cualquier otro.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«El presente recurso de casación se interpone al amparo de lo establecido en el apartado 477.2.3º LEC, por presentar su resolución interés casacional por el doble motivo de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales».

El motivo se funda, en síntesis, en que algunas audiencias provinciales, entre las que se encuentra la recurrida, estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideran que para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que ésta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción. Por el contrario, otras audiencias provinciales valoran el interés del menor por encima de la

En cuando al contenido del escrito de interposición, según el art. 481 LEC se expresará el supuesto conforme al que se pretende recurrir la sentencia de los previstos el art. 477.2 (en estos casos, ya hemos apuntado que solo cabe contra el supuesto primero cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 CE). Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista. Al escrito debe acompañarse certificación literal de la sentencia impugnada⁴⁹⁴ y, cuando se alegue el motivo de interés casacional, se unirá el texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional. Además, en su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.

En la práctica, se trata de escritos extensos, perfectamente motivados, y donde no cabe lugar alguno a la presunción. Todo debe quedar suficientemente acreditado. En particular, en los recursos de casación en procedimientos de oposición a medidas de protección de menores, las referencias a las páginas del expediente han de ser constantes, siguiéndose un orden. En definitiva, desde nuestro punto de vista, el escrito debe ser claro, cronológico y exquisitamente fundamentado.

El tribunal competente para conocer de estos recursos de casación es la Sala Primera de lo Civil del TS. (art. 478 LEC). No obstante, corresponderá a las Salas de lo

posibilidad de reinmersión en su familia biológica y consideran que las circunstancias que deben tenerse en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir. La recurrente afirma que esta segunda postura, contradicha por la sentencia recurrida, es la mantenida en las SSTS de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3100) y 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4139).

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«A mayor abundamiento, con carácter subsidiario, cabe fundamentar el interés casacional en los diversos pronunciamientos contradictorios de las audiencias provinciales.»

El motivo se funda, en síntesis, en la existencia de diversas sentencias de audiencias provinciales, que cita, en las cuales se recogen respectivamente las posturas contrapuestas expresadas en anterior motivo de casación, una de las cuales resulta contradictoria con la sentencia recurrida.

Los tres motivos de casación, los cuales, por estar estrechamente relacionados entre sí, deben ser estudiados conjuntamente, deben ser estimados”.

⁴⁹⁴ Conforme lo dispuesto en el art. 482.2 LEC: “Si el recurrente no hubiere podido obtener la certificación de sentencia a que se refiere el artículo 481, se efectuará no obstante la remisión de los autos dispuesta en el apartado anterior. La negativa o resistencia a expedir la certificación será corregida disciplinariamente y, si fuere necesario, la Sala de casación las reclamará del Secretario judicial que deba expedirla”.

Civil de los TSJ. conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución⁴⁹⁵.

Según dispone el art. 479 LEC, el recurso de casación se interpondrá ante la AP. que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, con firma de Abogado y Procurador. Como la Sentencia es susceptible de recurso y éste se ha formulado dentro de plazo, el

⁴⁹⁵ A título de ejemplo, en la STSJ. de Cataluña de 26 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 354693), se resuelve un recurso de casación sobre la idoneidad de unos adoptantes. Reproducimos el FJ. 1º que establece lo siguiente:

“Frente a la sentencia recaída en grado de apelación en el procedimiento de oposición a resolución administrativa en virtud de la cual el organismo competente de la Generalitat de Catalunya estimó no idóneos a los Sres. Patricio para la adopción del menor boliviano Juan Pedro, ratificando una anterior resolución por la que estimaba que únicamente lo eran para la adopción internacional de un menor boliviano de 0 a 3 años de edad, se alza la defensa de los demandantes que estima que la resolución de la Audiencia Provincial, confirmatoria del criterio de la Administración pública, vulnera el artículo 10 de la Ley de 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en relación con el artículo 88,3 del Decreto 2/1997 de 7 de enero, de protección de los menores desamparados y de la adopción en Cataluña, aplicable al caso por razones temporales. Se aduce falta de doctrina respecto de la interpretación de los requisitos que deben concurrir para poder ser declarados adoptantes idóneos en la adopción internacional y que supone un desconocimiento del superior interés del menor que se impida adoptar a un mayor de tres años cuando se permite hacerlo respecto de un menor de 0 a 3 años de edad.

El recurso extraordinario presentado contra la sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona es un recurso de casación que fue admitido por la Sala por interés casacional.

Ello supone que la Sala debe partir de los hechos que la sentencia estima como acreditados y no acreditados aunque a partir de dichos hechos pueda realizar (al tratarse de la valoración de un concepto jurídico indeterminado, por tanto de una calificación jurídica) de una revisión conceptual en casación. Como indica la sentencia del TS de 28-9-2009 (RJ 2009, 7257): "Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá".

Ello implica que este Tribunal no pueda actuar como un órgano de instancia procediendo a la revisión de la situación fáctica que se plantee, sino que debe centrarse en los aspectos jurídicos que puedan comportar la vulneración de la normativa aplicable con incidencia en el superior interés del menor. Como señala el TS en Sentencia de 6.2.2012 (RJ 2012, 4522): "En sentencias recientes, se ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el recurso de casación y que ello ocurre cuando la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés. Así la STS 800/2011, de 14 noviembre (RJ 2012, 3390) dice que "esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio (RJ 2011, 5676); 578/2011, de 21 julio (RJ 2011, 5438) y 641/2011, de 27 septiembre (RJ 2011, 7382), entre otras)".

Secretario Judicial de la sección que corresponda de la Audiencia tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario, lo pondrá en conocimiento del Tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso⁴⁹⁶.

Presentado el escrito de interposición ante la AP., dentro de los cinco días siguientes el Secretario judicial remitirá todos los autos originales al Tribunal competente (“*ad quem*”) para conocer del recurso de casación, con emplazamiento de las partes por término de treinta días (art. 482 LEC). Si el recurrente no compareciere dentro del plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso y quedará firme la resolución recurrida.

Una vez, comparezcan las partes, se eleva el recurso al Tribunal “*ad quem*”, y una vez recibidos los autos (art. 483 LEC), se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación.

Procederá la inadmisión del recurso de casación: si el recurso fuera improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier otro defecto de forma no subsanable; si el escrito de interposición del recurso no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la LEC; si no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del TS. sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar; asimismo, se inadmitirá el recurso (en los casos del segundo párrafo del apartado 3º del art. 477 LEC, es decir, se interpongan ante los TSJ.), cuando el TSJ correspondiente considere que ha sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar.

De cualquier modo, la Sala Primera del TS., antes de resolver, pondrá de manifiesto mediante Providencia la posible causa de inadmisión del recurso de casación a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que

⁴⁹⁶ Si el Tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará Providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará Auto declarando la inadmisión, contra el cual sólo podrá interponerse recurso de queja. Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá oponerse a la admisión al comparecer ante el tribunal de casación (art. 479.2 LEC).

estimen procedentes. Y si el Tribunal entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará Auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante Auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie. Contra el Auto que resuelva sobre la admisión del recurso de casación no se dará recurso alguno.

En este trámite de admisión, la Sala también examinará su competencia para conocer del recurso de casación (art. 484 LEC), antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo. Si no se considerare competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Sala que se estime competente en el plazo de diez días. En cuyo caso, recibidas las actuaciones y personadas las partes ante la Sala que se haya considerado competente, continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión. Por lo que respecta a las Salas de los TSJ no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del TS.

Una vez que el recurso haya superado el trámite de admisión, el Secretario judicial dará traslado del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte o partes recurridas (art. 485 LEC), para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista. En el escrito de oposición también se pueden alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.

Cuando se haya transcurrido el plazo de presentación de escritos de oposición, y si todas las partes hubieren solicitado la celebración de vista el Secretario judicial señalará día y hora para su celebración. De igual modo, se procederá cuando el Tribunal hubiera resuelto, mediante Providencia, por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia, la celebración de dicho acto (art. 486 LEC). En cuanto al desarrollo de la vista oral, según art. 486.2 LEC, la vista comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y, siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparencias.

En caso de que no se señale vista oral, la Sala señalará día y hora para la votación y fallo del recurso de casación.

Finalmente, la Sala dictará Sentencia sobre el recurso de casación dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo (art. 487 1 LEC).

En cuanto a los efectos que produce la Sentencia que ponga fin al recurso de casación, si se tratare de los recursos de casación que hayan versado sobre tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 CE (art. 487. 2 LEC), confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Los pronunciamientos de la Sentencia que se dicte en casación, en ningún caso, afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado.

C) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL:

El recurso extraordinario por infracción procesal se regula en los arts. 468 a 476 LEC. La competencia se reserva a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ que conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra Sentencias y Autos dictados por las AAPP. que pongan fin a la segunda instancia.

El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos (art. 469 LEC): infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; y vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del art. 24 CE se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera instancia, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas (art. 469. 2 LEC).

Este recurso se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, en nuestro caso, ante la AP. Presentado el escrito de interposición del recurso y transcurridos los plazos de que dispongan todas las partes para interponer el recurso, el Secretario judicial, en el plazo de tres días, lo tendrá por interpuesto siempre que la resolución sea recurrible, se alegue alguno de los motivos previstos en el art. 469 LEC y, en su caso, se hubiese procedido con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo. En caso contrario, lo pondrá en conocimiento del Tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso. Si el Tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará Providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará Auto declarando la inadmisión, contra el cual sólo podrá interponerse recurso de queja.

Si es admitido el recurso, se tendrá por interpuesto. Contra esa resolución por la que se tiene por interpuesto el recurso no cabrá recurso alguno, sin embargo, la parte recurrida sí podrá alegar la inadmisibilidad, pero ya en el trámite de oposición.

En cuanto al contenido del escrito de interposición, se expondrá en el mismo razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso. También se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista.

Presentado el escrito de interposición, dentro de los cinco días siguientes se remitirán todos los autos originales a la Salas de lo Civil y Penal de los TSJ. que conocerán, como Salas de lo Civil, con emplazamiento de las partes ante ella por término de treinta días, sin perjuicio de que, cuando un litigante o litigantes distintos de los recurrentes por infracción procesal hubiesen preparado recurso de casación contra la misma Sentencia, se deban enviar a la Sala competente para el recurso de casación testimonio de la Sentencia y de los particulares que el recurrente en casación interese, poniéndose nota expresiva de haberse preparado recurso extraordinario por infracción procesal, a los efectos de lo que dispone el art. 488 LEC.

Si el recurrente no compareciere dentro del plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso, del mismo modo que en los recursos que hemos estudiado, y quedará firme la resolución recurrida.

Recibidos los autos en el tribunal (art. 473 LEC), se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se inadmitirá si faltaran los requisitos establecidos anteriormente (recogidos en los arts. 467, 468 y 469 LEC), y también cuando se apreciase que carece de fundamento. La Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes.

No se dará recurso alguno contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

Una vez que el órgano judicial admite, total o parcialmente, el recurso extraordinario por infracción procesal, se entregará una copia del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo de veinte días, es decir al Fiscal y a la Abogacía de la Entidad pública. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

En el escrito de oposición se podrán alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal, solicitar las pruebas que se estimen imprescindibles y pedir la celebración de vista.

Finalmente, la Sala dictará Sentencia dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo.

La Sentencia producirá los siguientes efectos: a).- Si el recurso se hubiese fundado en la infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional, se examinará y decidirá sobre este motivo en primer lugar; b).- Si se hubiera denunciado la falta de jurisdicción o de competencia objetiva y se estimare el recurso, la Sala casará la resolución impugnada, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere; c).- Si el recurso se hubiese

interpuesto contra sentencia que confirmaba o declaraba la falta de jurisdicción o de competencia, y la Sala lo estimare, tras casar la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto, salvo que la falta de jurisdicción se hubiera estimado erróneamente una vez contestada la demanda y practicadas las pruebas, en cuyo caso se ordenará al tribunal de que se trate que resuelva sobre el fondo del asunto; d).- En los demás casos, de estimarse el recurso por todas o alguna de las infracciones o vulneraciones alegadas, la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración; e).- Si la Sala no considerare procedente ninguno de los motivos alegados, desestimaré el recurso y se devolverán las actuaciones al tribunal del que procedan.

Y, por último, señalamos que contra la Sentencia que resuelva el recurso extraordinario por infracción procesal no cabrá recurso alguno, salvo lo previsto sobre el recurso en interés de la ley ante la Sala de lo Civil del TS.⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ El recurso en interés de ley se interpone contra sentencias dictadas en segunda instancia por los TSJ. y se regula en los arts. 490 a 493 LEC:

Art. 490. Resoluciones recurribles en interés de la ley:

“1. Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales.

2. No procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Art. 491. Legitimación para recurrir en interés de la ley:

“Podrán en todo caso recurrir en interés de la ley el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Asimismo, podrán interponer este recurso las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones”.

Art. 492. Interposición y sustanciación:

“1. Los recursos en interés de la ley se interpondrán, en el plazo de un año desde que se dictó la sentencia más moderna, directamente ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

2. Al escrito en que se interponga el recurso en interés de la ley se acompañarán los siguientes documentos: 1º Copia certificada o testimonio de las resoluciones que pongan de manifiesto la discrepancia que se alegue. 2º Certificación expedida por el Tribunal Constitucional, que acredite que, transcurrido el plazo para recurrir en amparo, no se ha interpuesto dicho recurso contra ninguna de las sentencias alegadas.

3. Del escrito o escritos de interposición, con sus documentos anexos, se dará traslado por el Secretario judicial a quienes se hubieren personado como partes en los procesos en que hubieran recaído las sentencias objeto del recurso, para que, en el plazo de veinte días, puedan formular alegaciones expresando los criterios jurídicos que consideren más fundados”.

Art. 493. Sentencia:

III.- EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LOS OPOSITORES

El art. 172.4 C.c. establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia⁴⁹⁸.

Como ya se ha hecho referencia en el Tema anterior, el principio de reinserción en la propia familia, uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las NNUU de 3 de diciembre de 1986 y en el art. 9 de la Convención de NNUU de 1989, siendo reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC., a partir de su Sentencia de 18 de octubre de 1993⁴⁹⁹.

“La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo”.

⁴⁹⁸ Vid. FJ. 6º de la STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581).

⁴⁹⁹ RTC 1993, 298, Sentencia citada por la SAP. de Barcelona de 18 de julio de 2011 (JUR 2011, 317326), que, en su FJ. 1º recoge lo siguiente: *“Obviamente, en los procesos de protección de menores, dada la trascendencia de las medidas que se adoptan no sólo para el presente inmediato del menor y de todo el núcleo familiar, sino también para su futuro, es exigible de todos los que intervienen en el proceso, incluidas la Administración y los jueces y tribunales, el máximo rigor y cautela, tratando de garantizar los derechos de todos quienes resulten afectados sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece el menor, protección garantiza el art. 39 de nuestra Constitución, pero atendiendo fundamentalmente al interés del niño...*

Es reconocido, y suficientemente debatido, el derecho, tanto del menor como de los propios padres, a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural, es sancionado en el ámbito incluso del Derecho Internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, así la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, disponiéndose expresamente en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20-11-1989, que «Los Estados partes velarán porque el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño». Y también el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, o trato negligente, precepto que se complementa con el contenido en el artículo 3 en el que se señala que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este Principio general tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros y principalmente, en el artículo 172.4 del Código Civil, y en el artículo 5 de la Llei 37/1991, consecuencia asimismo de la patria potestad de los padres, cuyo ejercicio ha de ser en interés o beneficio de los hijos (sentencias del Tribunal Supremo de 14-10-1935, 9-3-1989 o 23-7-1987, entre muchas otras) y salvo que se aprecien circunstancias especiales, corresponderá a los padres la guarda y custodia de sus hijos menores de edad. Pero este principio general quiebra en

3.1.- Procedimiento de oposición al desamparo y reinserción del menor en la familia natural

El cumplimiento tanto del principio del derecho del menor a la familia natural, como del interés superior del menor, exige encaminar la acción protectora que la Ley encomienda a los poderes públicos en esta materia a la consecución de un único fin, el cual consiste en el interés del menor propiamente dicho.

Esta actividad ha de realizarse mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Por lo cual, el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (“*se buscará siempre*”), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo (“*se procurará*”).

Ambos principios, en la práctica, pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva, afirma la STS. de 31 de julio de 2009⁵⁰⁰, se advierte la superior jerarquía

aquellos casos en que el interés del menor de edad justifica que procurando su bienestar se adopten medidas de protección y se suspenda el ejercicio de la potestad por los padres.)”.

⁵⁰⁰ RJ 2009, 4581. Los antecedentes de hecho que dan lugar a este pronunciamiento son los siguientes:

La menor objeto de la resolución administrativa de desamparo nació el 13 de abril de 2001 y ya en mayo de ese año comenzó la intervención administrativa respecto de sus progenitores y en relación con la misma, poniéndose de manifiesto en el informe del Ayuntamiento de Toledo de 14 de junio de 2003, cómo desde el nacimiento de la menor la pareja tuvo problemas económicos, con ayuda para la compra de la leche infantil en junio de 2001, fecha en que se produjo un ingreso hospitalario por malnutrición de la menor, señalándose que al comienzo de la intervención, la menor presentaba unos cuidados aceptables aunque se valoraba la conveniencia de asistir al C.A.I. (Centro de Atención a la Infancia) para garantizar la continuidad de esos cuidados. La abuela paterna, perteneciente a una familia normalizada, siempre estuvo cerca, supervisando y realizando el cuidado de las comidas y de la casa en la medida que la madre de la niña lo permitía. La Entidad pública detectó en la pareja progenitora carencias referidas a pautas de alimentación y organización doméstica, horarios y cuidados para un bebé, así como problemas de pareja. A ello se añadieron rumores de que la madre se dedicaba a la prostitución y jugaba a las máquinas. En definitiva, todas estas circunstancias dieron lugar a la asunción de la tutela automática el 2 de abril de 2003, formalizada el 5 de agosto de 2003, habiendo fallecido el padre de la niña el 7 de julio del mismo año.

Tras hacerse cargo de la menor el 5 de agosto, ya obra un informe del 26 de ese mismo mes en que con asombrosa celeridad, se propone de forma inmediata la búsqueda de pareja para formalizar acogimiento preadoptivo judicial, prohibiendo a la madre el contacto con su hija por Resolución del 6 de

octubre. La madre se opuso a dicha Resolución y el JPI. n.º 1 de Toledo dictó Auto de 1 de julio de 2005, cuya parte dispositiva acordaba desestimar la impugnación presentada en representación de la madre de la menor a la declaración de desamparo y al acogimiento familiar preadoptivo de la menor Paulina y, en consecuencia, estableció la constitución del acogimiento de la menor en favor de las personas que constaban en el expediente como acogedores, con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica.

Esta sentencia fue recurrida por la representación procesal de la madre ante la AP. de Toledo que, en su S. de 21 de noviembre de 2006 falla en los siguientes términos: “*Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª María del Pilar, debemos revocar y revocamos el Auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia Núm. 1 de Toledo, con fecha uno de julio de dos mil cinco, en el procedimiento núm. 524/03 y en su lugar declaramos no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo de la menor Paulina, con inmediata recuperación de su custodia (...)*”.

La AP. entendía que, según el art. 172 C.c., el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta, o privación, de la asistencia y protección necesarias, lo cual determina, por ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la Entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica, por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos.

Y teniendo en cuenta que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, al interés del menor, no se puede ignorar la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 CE. En este sentido, la AP entendía que la necesidad de estimar que, la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (SSTC 143/1990 y 298/1993), lo cual entronca directamente con el principio de prioridad de la propia familia natural recogido en la Convención de NNUU de 30 de diciembre 1986, que en su art. 9, propugna el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, tal como se reconoce también el art. 172.4 C.c.

Una vez analizado el caso de forma minuciosa, a la vista de todo ello, la Sala no encuentra que concurran razones tan graves como para privar a una madre biológica de su hija, separándola de ella y entregándola en adopción a otras personas, pues ello debe quedar reservado para supuestos gravísimos que van mucho más allá de tener más o menos habilidades sociales, mayor o menor cociente intelectual o formación académica y, por supuesto, tener unos u otros recursos económicos. Ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de la prole y, en cualquier caso, cuando una situación se basa en las mismas, cuando se aprecia que la madre puede recibir ayuda para adquirir las habilidades de las que carece, la obligación de los poderes públicos es prestar esa ayuda y colaboración (adoptando, además, mientras tanto, las medidas de protección que sean necesarias) para evitar llegar a la más dramática de las situaciones imaginables, cual es la separación de por vida del niño, de su familia biológica.

La situación de la madre, en el momento de dictar sentencia de segunda instancia, según la Sala, no se diferenciaba mucho de la de una gran parte de familias de bajo nivel sociocultural, a las que no se les priva de la custodia de sus hijos de forma definitiva y se dan en adopción a otras familias. A la AP llamaba poderosamente la atención el hecho de que la madre había tenido recientemente una nueva hija y, sin embargo, no constaba en el expediente que se hubiera adoptado ninguna medida de protección respecto a la misma, evidentemente porque no había sido necesario, luego si la madre estaba capacitada para mantener la custodia de un hijo de pocos meses, con mayor motivo lo estaba para recuperar la de su primera hija, al haber desaparecido las razones que justifican su intervención.

que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (“*cuando no sea contrario a su interés*”).

Sea como fuere, no ha de apartarse a la familia del procedimiento, pues la familia siempre ha de ser tenida en cuenta y no puede ignorarse.

En este aspecto, el TEDH., ha venido reiterando en su jurisprudencia a lo largo de las últimas décadas, que la intervención de los poderes públicos de los distintos países democráticos y miembros de la UE en la vida familiar encuentra sus límites en el art. 8 del Convenio de Roma, que recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Así lo proclamó en su Sentencia de 8 de julio de 1987 en el caso “R” contra Gran Bretaña⁵⁰¹, sobre la vulneración del art. 8 del Convenio de Roma al examinarse la posible injerencia de los poderes públicos en una familia del Reino Unido. El TEDH. estimó la demanda, recogiendo en su sentencia unos principios generales⁵⁰² que deben

La SAP. es recurrida en casación por la Entidad pública, fundando el recurso en la infracción de normas aplicables, concretamente, el art. 172 C.c., así como en el interés casacional del mismo, debido a la jurisprudencia contradictoria existente en base a la aplicación del art. 413 LEC.

⁵⁰¹ STEDH. de 8 de julio de 1987 (TEDH 1987, 12). Los antecedentes fácticos se pueden resumir de la forma siguiente: Ante una situación fáctica de desamparo, las autoridades del Reino Unido establecen la supresión de la patria potestad, y también suprimen el derecho de visita de la demandante sobre sus dos hijos. Ignorando, la administración británica a la familia natural durante todo el procedimiento, otorgándole a la madre un escaso papel en el proceso de toma de decisiones, y poniéndose de manifiesto la excesiva duración del procedimiento. La ciudadana británica presenta demanda contra el Reino Unido ante la Comisión el 28-4-1983 por considerar que las medidas de supresión de la patria potestad y del derecho de visita sobre sus hijos tomadas por las autoridades vulneraban su derecho al respeto de la vida privada y familiar y por la imposibilidad de recurrir ante los tribunales internos la legalidad de estas medidas, que da lugar a los autos núm. 10496/1983.

⁵⁰²A continuación, por su enorme importancia, pasamos a reproducirlos literalmente:

“ *Principes généraux:*

64.- *L'exercice des droits parentaux et le fait, pour un parent et son enfant, d'être ensemble représentent des éléments fondamentaux de la vie familiale. En outre, le placement de l'enfant à l'assistance publique ne met pas fin aux relations familiales naturelles. Partant, et le Gouvernement ne le conteste pas, les décisions prises par l'autorité locale à l'issue des procédures attaquées s'analysaient en des ingérences dans le droit de la requérante au respect de sa vie familiale.*

65.- *D'après la jurisprudence constante de la Cour:*

a) *pareille ingérence méconnaît l'article 8 (art. 8) sauf si, «prévue par la loi», elle poursuivait un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était «nécessaire, dans une société démocratique», pour les atteindre (voir notamment, «mutatis mutandis», l'arrêt Gillow du 24 novembre 1986 (TEDH 1986, 15), série A n° 109, p. 20, par. 48),*

b) *la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux, et notamment proportionnée au but légitime recherché (voir, entre autres, l'arrêt Leander du 26 mars 1987 (TEDH 1987, 4), série A n° 116, p. 25, par. 58),*

c) *si l'article 8 (art. 8) tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires*

des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un «respect» effectif de la vie familiale (voir, entre autres, l'arrêt *Johnston* et autres précité, série A n° 112, p. 25, par. 55),

d) pour se prononcer sur la «nécessité» d'une ingérence dans une «société démocratique» ou sur l'existence d'un manquement à une obligation positive, la Cour tient compte de la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants (voir, par exemple, l'arrêt *Leander* précité, p. 25, par. 59, et l'arrêt *Johnston* et autres susmentionné, loc. cit.).

66.- La requérante ne prétend pas que les décisions de l'autorité locale n'étaient pas «prévues par la loi» ou ne poursuivaient pas un but légitime. Le dossier ne révèle aucune inobservation de la première de ces exigences telle que l'interprète la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, l'arrêt *Malone* du 2 août 1984 (TEDH 1984, 1), série A n° 82, pp. 31-33, paras. 66-68). Il n'en ressort pas non plus que les mesures prises ne visaient pas un but légitime: la protection de la santé ou des droits et libertés d'autrui.

La controverse se concentre sur le point de savoir si les procédures suivies se conciliaient avec le droit de la requérante au respect de sa vie familiale ou constituaient des ingérences dans l'exercice de ce droit, lesquelles ne pouvaient passer pour «nécessaires dans une société démocratique». D'après la requérante et la Commission, les procédures applicables au règlement de questions relatives à la vie familiale doivent témoigner de respect pour celle-ci, la Commission estime, en particulier, que les parents ont normalement le droit d'être entendus et pleinement informés à ce sujet, encore que des restrictions puissent, dans certaines circonstances, se justifier sous l'angle de l'article 8 par. 2 (art. 8-2). A titre principal, le Gouvernement plaide que ces matières procédurales ne relèvent pas de l'article 8 (art. 8) et que les droits de savoir ou d'être entendu ne figurent point parmi les éléments de la garantie offerte par ce texte.

67.- La Cour admet que les autorités locales se trouvent devant une tâche difficile à l'extrême quand elles se prononcent dans un domaine aussi délicat. Leur prescrire dans chaque cas une procédure rigide ne ferait qu'ajouter à leurs problèmes. Il faut donc leur réserver un certain pouvoir d'appréciation à cet égard.

D'un autre côté, l'examen de cet aspect de l'affaire doit se fonder sur une donnée primordiale: les décisions risquent fort de se révéler irréversibles. Ainsi, un enfant retiré à ses parents et confié à d'autres personnes peut nouer avec elles, au fil du temps, de nouveaux liens qu'il pourrait ne pas être dans son intérêt de perturber ou de rompre en revenant sur une décision antérieure de restreindre ou supprimer les visites de ses parents. Partant, il s'agit d'une matière qui appelle encore plus que de coutume une protection contre les ingérences arbitraires.

Sans doute l'article 8 (art. 8) ne renferme-t-il aucune condition explicite de procédure, mais ce n'est pas déterminant. A l'évidence, le processus décisionnel de l'autorité locale ne saurait manquer d'influer sur le fond de la décision, notamment en assurant qu'elle repose sur les considérations pertinentes et soit impartiale, donc non entachée d'arbitraire, même en apparence. Partant, la Cour peut y avoir égard pour dire s'il a joué d'une manière qui, au total, était équitable et respectait comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8 (art. 8). D'ailleurs, une demande en contrôle judiciaire d'une décision de l'autorité locale peut amener une juridiction anglaise à rechercher si cette dernière a équitablement usé d'un pouvoir que lui attribue la loi (paragraphe 53 ci-dessus).

68.- Les vues et intérêts des parents naturels figurent nécessairement parmi les éléments à peser par l'autorité locale pour arrêter ses décisions concernant un enfant qu'elle assiste. Le processus décisionnel doit donc être propre à garantir qu'ils seront portés à sa connaissance, qu'elle les prendra en compte et que les parents pourront en temps voulu exercer tout recours s'offrant à eux. Du reste, le code de pratique de 1983 souligne qu'il faut associer les parents aux décisions sur les visites à l'enfant (paragraphe 56 ci-dessus).

69.- Trois facteurs ont une incidence sur le côté pratique du problème. D'abord, la Commission le remarque, il arrive inévitablement que la participation des parents au processus décisionnel se révèle irréalisable ou dénuée de sens, par exemple en raison de l'impossibilité de les atteindre, d'une incapacité physique ou mentale ou d'une urgence extrême. Ensuite, les décisions en la matière, quoique souvent adoptées à la lumière d'examen périodiques ou de réunions ad hoc, peuvent également se dégager d'un contrôle continu opéré par des agents de l'autorité locale. Enfin, des contacts réguliers entre les travailleurs sociaux responsables et les parents fournissent fréquemment un bon moyen de signaler à celle-ci l'opinion des seconds.

ser respetados siempre en una sociedad democrática, cuando se produce una injerencia de la Administración en la vida familiar.

Para valorar si esa injerencia de los poderes públicos es adecuada, proporcional y en una sociedad democrática, el TEDH. examina, a la luz del conjunto del caso, si los motivos invocados para justificarlas eran pertinentes y suficientes a efectos del apartado 2º del citado art. 8. Sin duda, tiene una importancia crucial, en este tipo de asuntos, examinar qué es lo más conveniente para el interés del menor. El Tribunal no tiene, por tanto, la misión de sustituir a las autoridades internas en cuanto a las modalidades de custodia y visitas, sino apreciar desde el punto de vista del Convenio las decisiones que han dictado en el ejercicio de su poder de apreciación.

Como posteriormente ha señalado en su interesante STEDH. de 24 mayo 2011, caso Saleck Bardi contra España⁵⁰³, en la cual recuerda su constante jurisprudencia al respecto, aunque el art. 8 atiende, esencialmente, a la finalidad de prevenir al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de tales injerencias. A este compromiso negativo pueden añadirse unas obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar, que pueden requerir la adopción de medidas encaminadas al respeto de la vida privada incluso en las relaciones entre particulares⁵⁰⁴.

Tanto en un caso como en el otro, se ha de tener en cuenta la ponderación a realizar entre los intereses concurrentes del individuo y del conjunto de la sociedad; igualmente, en ambos supuestos, el Estado goza de cierto margen de apreciación⁵⁰⁵, si bien, como insiste el TEDH., su tarea no es sustituir a las autoridades internas, sino

Il échet dès lors de déterminer, en fonction descirconstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour «nécessaire» au sens de l'article 8 (art. 8).

70.- A l'opposé du Gouvernement, la Cour estime qu'elle peut aussi avoir égard, sur le terrain de l'article 8 (art. 8), à la durée du processus décisionnel de l'autorité locale ainsi que de toute procédure judiciaire connexe. Comme le relève la Commission, un retard dans la procédure risque toujours en pareil cas de trancher le litige par un fait accompli avant même que le tribunal ait entendu la cause. Or un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps.)”.

⁵⁰³ TEDH 2011, 50.

⁵⁰⁴ Vid. Ss. X e Y contra Países Bajos de 26 marzo 1985 (PROV 2001, 689), ap. 23, serie A, núm. 91 y Mincheva contra Bulgaria, núm. 21558/2003, ap. 81, 2 septiembre 2010 (TEDH 2010, 91).

⁵⁰⁵ S. Keegan contra Irlanda 26 mayo 1994 (TEDH 1994, 21), ap. 49, serie A, núm. 290).

apreciar, desde el punto de vista del Convenio, las decisiones que tales autoridades han dictado en el ejercicio de su facultad discrecional. Como ha subrayado en repetidas ocasiones, el art. 8 implica el derecho para un progenitor a que se adopten medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades de hacerlo⁵⁰⁶ y, en ese sentido, el TEDH. considera que la adecuación de las medidas acordadas por los poderes públicos para reunir a un progenitor y su hijo se ha de juzgar según la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el niño y aquél de los progenitores que no vive con él⁵⁰⁷.

El Tribunal reitera en la citada sentencia, el principio establecido en su jurisprudencia según el cual la finalidad del Convenio consiste en proteger unos derechos concretos y efectivos⁵⁰⁸. Dentro de esta lógica, recuerda que el respeto efectivo de la vida familiar exige que las relaciones futuras entre padre e hijo se regulen sobre la base del conjunto de elementos pertinentes, y no por el mero paso del tiempo⁵⁰⁹.

En definitiva, con estos principios se pretende poner de manifiesto que la familia natural merece el máximo respeto por parte de los poderes públicos, y se deben tomar en consideración a los padres, pues se parte de la idea de que la tutela *ex lege* no supone el fin de las relaciones con la familia natural. Por lo tanto, es imprescindible tener en cuenta el interés de los padres, aunque prime el del menor, si ambos intereses en juego entran en confrontación.

Volviendo a la ya citada STS. de 31 de julio de 2009, según el Alto Tribunal, debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un

⁵⁰⁶ Vid., por ejemplo, Ss. Eriksson contra Suecia, 22 junio 1989 (TEDH 1989, 12), ap. 71, serie A, núm. 156, Olsson contra Suecia (núm. 2), 27 noviembre 1992 (TEDH 1992, 74), ap. 90, serie A, núm. 250). Por tanto, valorará si las autoridades españolas incumplieron sus obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del Convenio (Sentencias Hokkanen contra Finlandia, 23 septiembre 1994 (TEDH 1994, 35), ap. 55, serie A, núm. 299-A; Mikulić contra Croacia (PROV 2002, 78019), núm. 53176/1999, ap. 59, TEDH 2002-I; P., C. y S. contra Reino Unido (PROV 2002, 181257), núm. 56547/2000, ap. 122, TEDH 2002-VI; Evans contra Reino Unido [GS] (PROV 2007, 101309), núm. 6339/2005, ap. 76, TEDH 2007-IV).

⁵⁰⁷ Vid. mutatis mutandis, Ss. Ignaccolo-Zenide contra Rumanía (TEDH 2000, 14), núm. 31679/1996, ap. 102, CEDH 2000-I, Maire contra Portugal (PROV 2004, 73133), núm. 48206/1999, ap. 74, TEDH 2003-VII, y Bianchi contra Suiza, núm. 7548/2004, ap. 85, 22 junio 2006).

⁵⁰⁸ Vid. mutatis mutandis, S. de 13 de mayo de 1980 (TEDH 1980, 4), ap. 33, serie A núm. 37.

⁵⁰⁹ Vid. mutatis mutandis, Sentencia Mincheva (TEDH 2010, 91), ap. 82.

menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Por tanto, la adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores, aunque el derecho de los padres puede coincidir, a veces, con el derecho del menor. Por ello, las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con el interés del menor, en cuyo caso se aplican otras medidas más favorables. Así, se sienta la siguiente doctrina:

“A) Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 C.c., contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

Desde nuestra perspectiva, esta doctrina no supone una solución al problema. Ciertamente, nos encontramos otra vez ante una interpretación absolutamente subjetiva

de las pruebas por parte del tribunal sentenciador, donde no hay lugar al objetivismo. Además, todo ello resulta agravado en estos procedimientos al no existir equilibrio entre las partes procesales, no puede ignorarse que la capacidad económica de la familia biológica no suele permitirle invertir en una defensa fuerte, dotada de medios probatorios suficientes que permitan contradecir los argumentos de la Entidad pública. Esta realidad los posiciona, de hecho, en una clara situación de indefensión.

Ha de partirse de que tanto el desamparo como el acogimiento presentan como características el ser situaciones reversibles o, sin vocación de permanencia. Se caracterizan por su falta de fijeza, puesto que ambas pueden constituirse y revertirse en función de cambios al tratar de atender a realidades fácticas que pueden cambiar. Por tanto, para que pueda revertirse el acogimiento, deberá producirse alguna circunstancia que aconseje ponerle fin.

Así, el Juez, al decidir sobre la oposición al desamparo (o, en su caso, la de acogimiento), se encontrará con un menor que puede llevar meses bajo un régimen de acogimiento familiar. Evidentemente, esta situación pesará sobre el Juez, y sólo si existen razones muy fundadas aceptará variar la situación creada por la Entidad pública. La situación es más acusada cuando un Tribunal de segunda instancia revoca la anterior resolución, que ratificaba lo acordado por la Entidad pública, puesto que es más difícil llevar a cabo la ejecución de la sentencia que revocara el desamparo.

No cabe duda de que en todas las medidas relativas a la protección de menores juega un papel clave el lapso de tiempo, a menudo excesivo, que se produce desde que una decisión en primera instancia es revisada por la instancia superior, o desde que vienen a establecerse unas medidas definitivas en sustitución de las provisionales.

La agilidad de la Entidad pública para constituir un acogimiento familiar, unido a las dilaciones propias de un procedimiento judicial, conlleva que, aunque el Tribunal de apelación estime que el desamparo nunca debió ser declarado o que se debió dejar sin efecto ante las circunstancias sobrevenidas, la inserción afectiva del menor en su familia de acogida hace inadecuado someterle a un segundo desarraigo para que retome una nueva vida con su familia de origen, razón por la cual el paso del tiempo provoca que lo más beneficioso para el interés del menor sea que éste permanezca con la familia de acogida. Por ello, los órganos judiciales que resuelven sobre la oposición al

desamparo o al acogimiento deben tener en cuenta que sus decisiones pueden ser irreversibles, y de igual modo, deberían aplicar la máxima celeridad a la hora de ejecutar lo juzgado, por la nefasta repercusión que tiene el trascurso del tiempo en materia de menores⁵¹⁰.

A la vista de ello, el avance que supuso la STS. de 31 de julio de 2009 radica en la unificación de doctrina, pues, a partir de dicho pronunciamiento, al fundamentar la sentencia, los tribunales han de hacerlo siguiendo un único criterio. Si un tribunal ha venido otorgando un valor primordial a la integración del menor en la familia biológica, cualquier cambio positivo de la familia biológica será utilizado por el juzgador como motivo suficiente para devolver al menor con su familia. Sin embargo, otro tribunal con doctrina contraria apreciará siempre como insuficiente la evolución de un padre o una madre, y en base a esta doctrina motivará su sentencia argumentando que no queda absolutamente descartada una situación de riesgo para el menor.

Y es que, como señala BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁵¹¹, el problema más espinoso que se plantea en el caso de la STS. de 31 de julio de 2009 es la ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción con la familia biológica. En su opinión, el TS. tiene razón al indicar que ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, en tanto que la soluciones más adecuadas al menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción de éste en su familia natural. Por ello, la adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida en que debe fundarse toda actividad que se realicen en torno a la defensa y protección del menor.

En cuanto a los requisitos necesarios para el retorno del menor a su núcleo de origen que se establecen en la STS. que comentamos, a juicio de esta autora, son de difícil o imposible cumplimiento, en tanto que han de compensar el no mantenimiento de la situación de acogimiento y para ello, se tiene en cuenta el tiempo de estancia con la familia de acogida, la integración en la misma, los vínculos afectivos con ella, etc. Evidentemente, si el menor permanece con una familia de acogida es porque ésta cumple esos requisitos y, en caso de devolver al menor a su familia biológica, existen

⁵¹⁰ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: “Comentario a la STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, núm. 84, págs. 1444 a 1446.

⁵¹¹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *Op. cit.*, págs. 1456 a 1458.

riesgos de desajustes psicológicos que implican estrés y ansiedad y desemboquen en una posible depresión. Pero, como señala esta autora, todo cambio, en circunstancias normales, puede ocasionar alguno de esos síntomas propios del desajuste, de modo que, para minimizar tales efectos, se debe llevar a cabo su actuación el equipo psicológico, supervisando cómo hacer el cambio de familia de la forma menos traumática posible para el menor.

A nuestro entender, esta STS. de 31 de julio de 2009 sí que resulta un avance positivo en nuestra doctrina jurisprudencial, puesto que reconoce, en la práctica y de forma unánime, el derecho del menor a la familia natural y, conforme a ello, deberían ser examinados de forma rigurosa por los tribunales juzgadores los cambios positivos experimentados el núcleo familiar de origen con posterioridad a la declaración de desamparo, dotando a la familia de un papel activo durante la tramitación del procedimiento, lo cual, a su vez, implicará la posibilidad de llegar a superar las carencias que inicialmente provocaron a la situación fáctica de desamparo, incluso, antes del dictado de la sentencia. En tal caso, cabría la posibilidad de que la sentencia permitiese devolver la tutela a los progenitores y retomar el ejercicio de la patria potestad que quedó suspendida al declarar el desamparo, devolviendo al menor con su familia de origen. Sin embargo, no hay duda de que debemos ser realistas y ello nos conduce a reconocer que, como apunta BALLESTEROS DE LOS RÍOS, teniéndose en cuenta todos los condicionamientos, difícilmente tendrá lugar la posible reinserción de los menores en sus familias biológicas, si se tiene en cuenta que al factor tiempo unido a la estabilidad de los menores en su nuevo hogar de acogida, está garantizado.

3.2.- Aplicación del art. 413.1 LEC en los procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores

Establece el art. 413.1 LEC para los procedimientos civiles que *“no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran*

deducido en la demanda o en la reconvención, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa”.

De este modo, el precepto apenas reproducido recoge el “principio de preclusividad de la acción”, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

Al respecto, en los procedimientos objeto de nuestro estudio, en los cuales ha de buscarse siempre el interés del menor, puede producirse un cambio de circunstancias con posterioridad a la declaración de desamparo que determinen valorar judicialmente si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad⁵¹².

Ello fue lo se planteó en el caso enjuiciado por la citada STS. de 31 de julio de 2009, en la cual la controversia jurídica radica fundamentalmente en la forma de solventar el conflicto entre el interés del menor y los derivados de la reinserción en su familia biológica, pero también en determinar la incidencia de posibles cambios en la situación fáctica de los padres biológicos producidos con posterioridad a la resolución de protección adoptada por la Administración, pues la AP. consideró que se había acreditado la producción de cambios en las circunstancias de la madre biológica, y que, a la vista de la nueva situación, procedía revocar la declaración de desamparo y la posterior resolución de acogimiento familiar preadoptivo de la menor con recuperación de la custodia por parte de la madre biológica.

A la hora de resolver el conflicto el TS. describe las dos posturas jurisprudenciales en relación a la situación planteada:

a). Existe un primer grupo de resoluciones de las AAPP., entre las que se encuentran la recurrida, que estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y, para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada, hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que ésta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción.

b). Existe una segunda postura jurisprudencial contrapuesta a la anterior que prioriza el interés del menor por encima de la posibilidad de reinmersión en su familia biológica y considera que las circunstancias a tener en cuenta son, fundamentalmente,

⁵¹² DE LA IGLESIA MONJE: “Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica”, cit., págs. 308 y 309.

las que motivaron la adopción de la medida de protección, con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir.

Como recoge el FJ. 3º de la Sentencia objeto de análisis, se plantean dos cuestiones que surgen ante en la aplicación del art. 172.7 C.c., el cual permite a los padres solicitar la revocación del desamparo en el plazo de dos años si cambian las circunstancias que lo motivaron. Estas cuestiones son las siguientes:

1). Si es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por el contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.

2). Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

Sobre estas dos cuestiones existe doctrina contradictoria en las AAPP., como señala en su FJ. 4º, por lo cual es procedente el examen del recurso de casación admitido por la concurrencia de interés casacional.

1). En primer lugar, se registra la posición de algunas AAPP., las cuales mantienen que el juez, en la impugnación de la declaración de desamparo, debe atenerse exclusivamente a las circunstancias que concurrían en el momento en que se produjo la declaración⁵¹³.

En sentido contrario, tienen en cuenta la modificación de las circunstancias familiares posterior al momento de la declaración de desamparo para valorar si debe o

⁵¹³ Entre ellas, el TS. cita las siguientes: SAP. Baleares de 11 de marzo de 2005 (AC 2005, 351), según la cual “[l]os hechos posteriores [...] no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho”; SAP. Rioja de 13 de octubre de 2008 (PROV 2009, 92904); SAP. Sevilla de 3 de junio de 2008; SAP. Granada de 21 de diciembre de 2007; SAP. Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 2007 (PROV 2007, 148134); SAP. Granada de 22 de junio de 2007 (PROV 2008, 17359).

no mantenerse, con independencia de que inicialmente haya sido procedente⁵¹⁴.

2) En segundo lugar, algunas sentencias de las AAPP. reconocen una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo. Consideran la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica⁵¹⁵.

Otras sentencias de las AAPP.⁵¹⁶, en una posición que puede calificarse de mayoritaria, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor.

Además, se debe valorar si realmente compensa al menor volver al núcleo familiar original o resulta más conveniente mantenerlo en la situación de acogimiento familiar en que se encuentra. Para ello ha de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. Esta posición resulta acogida por la STS. de 2 de julio de 2001⁵¹⁷, que considera

⁵¹⁴ Entre otras, la SAP. Sevilla de 12 de junio de 2000 (PROV 2000, 283139); SAP. Valencia de 29 de noviembre de 2002 (PROV 2003, 53839); SAP. Castellón de 25 de noviembre de 2008 (PROV 2009, 132853) y SAP. León de 30 de enero de 2008.

⁵¹⁵ *Vid.* SAP. Toledo de 21 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2255); SAP. Castellón de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 132853); SAP. Sevilla de 31 de octubre de 2006 (PROV 2007, 182888).

⁵¹⁶ La STS. de 31 de julio de 2009 cita, en este punto, la amplia doctrina jurisprudencial que sigue dicha postura: SAP. Sevilla de 12 de junio de 2000 (PROV 2000, 283139); SAP. Valencia de 29 de noviembre de 2002; SAP. Sevilla de 11 de julio de 2008; SAP. Santa Cruz de Tenerife de 21 de abril de 2008; SAP. León de 30 de enero de 2008; SAP. Barcelona de 15 de mayo de 2007; SAP. Alicante de 21 de febrero de 2007; SAP. Barcelona de 25 de enero de 2007; SAP. Orense de 27 de julio de 2006; SAP. Cádiz de 20 de enero de 2006 (PROV 2006, 129140).

⁵¹⁷ RJ 2002, 1472.

razonable el mantenimiento del acogimiento residencial “a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero”.

Finalmente, el TS. entiende en el FJ. 5º de su Sentencia de 2009 que: “la jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo⁵¹⁸”.

La jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor⁵¹⁹; y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama «la exclusión de la preclusividad»⁵²⁰, es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio, consagra el principio de perpetuación de la acción disponiendo que «[n]o se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención». Este principio tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (artículo 412 LEC), y la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general

⁵¹⁸ SSTS. de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5356) y 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4139).

⁵¹⁹ STC 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 58), FJ. 2.

⁵²⁰ SSTC. 75/2005, de 4 de abril (RTC 2005, 75) y 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 58).

relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

*Esto último sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (artículo 172.4 C.c.). Este precepto, como expone el Ministerio Fiscal, atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* que rige en el proceso civil”.*

A nuestro juicio, el avance que supone esta Sentencia radica en la interpretación que del art. 413 LEC hace en su momento el TC. y que es aplicada en este caso por el TS., sin lo cual, hubiera sido imposible plantearse la posibilidad de tener en cuenta la evolución de los progenitores como requisito para la reintegración del menor en su familia biológica.

Y es que se debe tener en cuenta que el TC., dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores, declarando que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que ha de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor, y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama la *exclusión de la preclusividad*⁵²¹, es decir de la exclusión de los efectos del principio de preclusión,

⁵²¹ STC. de 4 de abril de 2005 (RTC 2005, 75), FJ. 3º: “ya en este punto es de señalar que no son escasas las ocasiones en que se han planteado ante este Tribunal quejas de indefensión relacionadas con las posibilidades de contradicción en procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se ventilan cuestiones relacionadas con el acogimiento y adopción de menores (SSTC 298/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 298]; 114/1999, de 16 de junio [RTC 1999, 114]; 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], etc.). «Sin embargo, la naturaleza de tal jurisdicción, en casos como el que aquí nos ocupa, tiene una importancia sólo relativa, pues ya “en la STC 71/1990 (RTC 1990, 71) quedó sentado, con carácter general, que no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros

según el cual la clausura de una fase procesal impide replantear lo ya decidido en dicha fase *ex art.* 413 LEC, el cual consagra el principio de perpetuación de la acción.

Sin esta exclusión del principio de perpetuación de la acción, hubiera sido imposible para los tribunales entrar a valorar los cambios positivos de la familia biológica dentro de un procedimiento de oposición a la medida de protección de menores, cuyo objeto es la revisión de una resolución administrativa. Por tanto, se ha hecho necesaria esta interpretación del art. 413 LEC, por el TC., para adecuar la aplicación del principio que propugna el derecho del menor a la familia natural al

procedimientos establecidos en las Leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales procedimientos comunes. Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (STC 76/1990 [RTC 1990, 76], F. 6.5)" (STC 298/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 298], F. 6); e igualmente hemos señalado... que: "A estas razones es preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil transparenta su intención de servir importantes fines", resultando que el "fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 in fine, 174 y 176.1 CC [LEG 1889, 27] y art. 1826 LECiv)" (STC 114/1997, de 16 de junio [RTC 1997, 114], F. 3)» (STC 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71], F. 5).

Y así venimos poniendo de relieve (STC 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], F. 4), «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (STC 114/1997, de 16 de junio [RTC 1997, 114], F. 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 298], F. 3). Es lógico, pues, que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad... [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (STC 187/1996, de 25 de noviembre [RTC 1996, 187], F. 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990 (RCL 1990, 2712), que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 4], F. 4), no se configuran 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 en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LECiv)».

procedimiento de posición de medidas de protección arts. 779 a 781 LEC.

IV.- LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA REINTEGRACIÓN DEL MENOR A SU FAMILIA DE ORIGEN

La Resolución aprobada por la Asamblea General de NNUU el 18 de diciembre de 2009 en la que se aprueban las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños⁵²² dicta las pautas a seguir en estos casos, con el objeto de preparar al niño y a la familia para su posible regreso a ésta y, para apoyar dicha reinscripción, la situación del niño debería ser evaluada por una persona o un equipo debidamente designado que tenga acceso a asesoramiento multidisciplinario, en consulta con los distintos actores involucrados (el niño, la familia, el acogedor alternativo), a fin de decidir si la reintegración del niño en la familia es posible y redundante en favor del interés superior de éste, qué medidas supondría y bajo la supervisión de quién.

Se recomienda que los objetivos de la reintegración y las tareas principales de la familia y el acogedor alternativo, a este respecto, deban hacerse constar por escrito y ser acordadas por todos los interesados. Además, el organismo competente debería elaborar, apoyar y vigilar los contactos regulares y apropiados entre el niño y su familia específicamente a los efectos de la reintegración. Una vez decidida, la reintegración del niño en su familia debería concebirse como un proceso gradual y supervisado, acompañado de medidas de seguimiento y apoyo que tengan en cuenta la edad del niño, sus necesidades y desarrollo evolutivo y la causa de la separación.

¿Cuándo ha de producirse la reintegración del menor en su familia de origen? Por un lado, cuando cese la causa que originó la declaración del desamparo, la cual tiene carácter provisional, según se deduce de lo dispuesto por el art. 172.7 C.c., redactado tras la reforma operada por Ley 54/2007, al contemplar la posibilidad de que los padres puedan solicitar, en el plazo de dos años desde la notificación de la resolución por la que se declara el desamparo, la revocación del mismo y el cese de la suspensión de la patria potestad por cambio de las circunstancias que lo motivaron.

⁵²² A/RES/64/142.

Por otro lado, el menor debería retornar a la familia de origen cuando se revoque judicialmente la declaración de desamparo si se estima inexistente la causa que determinó la declaración por parte de la Administración, en virtud del ejercicio de la facultad de oposición que los padres o tutores tienen reconocida por el art. 172.6 C.c. y conforme a los trámites y plazos más breves, previstos en los arts. 779 y 780 LEC 2000, igualmente modificados por la Ley 54/2007.

Se trata, a partir de la reforma sustantiva y procesal operada por la Ley 54/2007, de dos supuestos claramente diferenciados que no deberían confundirse (mientras el primero implica que la causa de desamparo existió, pero las circunstancias han cambiado, el segundo supone que la Administración erró en su apreciación y la causa de desamparo nunca existió), pero que, desgraciadamente, en las recientes resoluciones de nuestros tribunales se mezclan, como ocurrió en la tan citada STS. de 31 de julio de 2009⁵²³. Dicha confusión unida al transcurso del tiempo, hacen imposible el retorno, pasándose de una suspensión de la patria potestad a una privación de la misma⁵²⁴.

Como se recordará, el art. 172.7 C.c., en su redacción actual establece que durante un plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo⁵²⁵ los titulares de la patria potestad que se haya

⁵²³ RJ 2009, 4581.

⁵²⁴ BENAVENTE MOREDA: “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, cit., págs. 44 y 45.

⁵²⁵ El Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia de 2014, al modificar el art. 172, modifica la revocación en los apartados 2 y 3 como sigue: “2. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1 de este artículo, 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 están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los padres 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 de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen,

suspendido pueden solicitar el cese de la suspensión y pedir la revocación de la resolución cuando concurren nuevas circunstancias: *"igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor"*.

El precepto contiene, de este modo, dos reglas que abarcan dos posibilidades distintas: a) la recuperación de la patria potestad suspendida por la sobrevenida de nuevas circunstancias, y b) la oposición a cada una de las medidas que la Administración tome en relación a los menores desamparados, sin que ello comporte la recuperación de la patria potestad. Estas dos acciones no son incompatibles porque se refieren a supuestos distintos.

El legislador admite que los padres que todavía ostenten la titularidad de la patria potestad queden legitimados para instar la revocación de la declaración de desamparo durante un plazo de dos años contados desde la notificación de la correspondiente resolución administrativa, fundando su pretensión en la existencia de un cambio de las circunstancias que motivaron dicha declaración⁵²⁶.

Hay que entender que queda vetada la impugnación de la resolución administrativa de declaración de desamparo, una vez transcurrido el plazo de tres meses del art. 780 LEC y no se hubiera formulado la correspondiente oposición o si, habiéndose formalizado, la correspondiente resolución judicial no hubiera estimado su pretensión opositora.

A juicio de DÍEZ GARCÍA⁵²⁷, una resolución judicial que haya constatado la situación de desamparo genera efectos de cosa juzgada, y, por tanto, no cabría reproducir la misma pretensión en un procedimiento posterior, pues siempre cabría oponer la correspondiente excepción. Ahora bien, si se alega un cambio de las

siempre que no esté pendiente de resolverse la oposición contra la resolución administrativa que acordó la declaración del desamparo.

3. La Entidad Pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal".

⁵²⁶ Así se planteó en el caso enjuiciado recientemente por la SAP. de Granada de 26 de octubre de 2014 (JUR 2014, 125400), resultando desestimada la pretensión de los progenitores de cuatro menores de revocación de la declaración de desamparo.

⁵²⁷ DÍEZ GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 1809 y 1810.

circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el primer proceso, se producirá un cambio de objeto, no cumpliéndose los requisitos de identidad que son necesarios para estimar la existencia de cosa juzgada.

Por tanto, cabe una alteración sobrevenida de la coyuntura fáctica evaluada en su tiempo, primero, a través de la correspondiente resolución administrativa y, segundo, si se formuló oposición, por medio de la correspondiente decisión judicial.

En definitiva, como entiende la Circular FGE 1/2008, se trataría de probar que los padres ya no se encuentran incurso en las causas que justificaron la declaración de desamparo, por lo que tendrían que acreditar que existen hechos nuevos acaecidos después mediante los que se justifique que resultan aptos para reanudar la vida familiar.

4.1.- La acción de revocación

Como resulta evidente, la Ley 54/2007, a través de la modificación de los arts. 172 C.c. y 780 y 781 LEC, ha reformado de forma considerable la sistemática de impugnación, ante el orden jurisdiccional civil, de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, sobre la base de diferenciar varios tipos de acciones de impugnación y establecer distintos plazos para su ejercicio, materializando de este modo la exigencia, impuesta por razones evidentes de seguridad jurídica, de someter el ejercicio de las diversas acciones de impugnación a plazos preclusivos y racionalizando el uso del recurso ante la jurisdicción por parte de los afectados⁵²⁸.

⁵²⁸ Tal como pone de manifiesto la SAP. de Pontevedra de 5 de octubre de 2012 (JUR 2012, 370108), FJ. 3º: "(...) Como ya señalamos en nuestras sentencias de 26 de septiembre de 2012, de 13 junio 2011, que reitera la sentencia de esta misma Sala de sentencia de 21 enero 2010: ".....La reciente Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción Internacional a través de su disp. final 1ª,3 ha llevado a cabo una reforma del art. 172 C.c., en virtud de la cual se modifican sus apdos. 3 y 6 art.172.3, art.172.6 C.c. y se añaden dos nuevos apdos. 7 y 8, al mismo art.172.7 art.172.8 C.c. Igualmente, la disp. final 2ª,4 de dicha Ley ha dado nueva redacción al art. 780,1 LEC. El denominador común de tales modificaciones, según se desprende de un mero cotejo comparativo del actual tenor literal de dichos preceptos con su redacción anterior, está constituido por la introducción de dos importantes reformas en el proceso para impugnar ante el orden jurisdiccional civil las resoluciones administrativas en materia de protección de menores: la ordenación de las distintas acciones de impugnación en dos categorías y el establecimiento de plazos para su ejercicio

Con el propósito de no tener abiertos permanentemente procesos judiciales de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección y favorecer y facilitar los procesos de adopción de los menores tutelados, garantizando así la integración de los mismos en un núcleo familiar definitivo, estable e idóneo para su desarrollo personal normalizado, cuando la reintegración o reinserción en su

Centrándonos en la modificación que afectó al art. 172 C.c., con la adición de los dos apartados, el 7º y 8º, se ha establecido que, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1º de dicho precepto están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración 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. Y del mismo modo, también están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición 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 desamparo, debiendo quedar acreditado dicho cambio, para lo cual ha de permitírsele a los técnicos de la Administración comprobar la evolución⁵²⁹.

entorno familiar de origen se prevea, en atención a las circunstancias concurrentes, muy difícil o imposible, la Ley 54/2007, a través de la reforma de los arts. 172 C.c. y 780 y 781 LEC, ha reformado el sistema de impugnación, ante el orden jurisdiccional civil, de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, sobre la base de diferenciar varios tipos de acciones de impugnación y establecer distintos plazos para su ejercicio, materializando de este modo la exigencia, impuesta por razones evidentes de seguridad jurídica, de someter el ejercicio de las diversas acciones de impugnación a plazos preclusivos y racionalizando el uso del recurso ante la jurisdicción por parte de los afectados”.
⁵²⁹ SAP. de Palencia de 18 de junio de 2010 (JUR 2010, 266644), FJ. 1º: *“adoptada la declaración de desamparo de la menor y asumida por la Administración su tutela legal en razón a las deficientes circunstancias familiares en que se encontraba y, en concreto, por la falta de atención de sus padres, se interesa por éstos, transcurrido algo más de un año desde aquella declaración, el cese de aquella declaración y de la situación de tutela legal, reintegrando a la menor a su seno familiar bajo la guarda de su madre. Ante esta petición el organismo correspondiente de la Junta de Castilla y León comunica a los padres que deben ponerse en contacto con los Servicios de Protección a la Infancia a fin de que pueda iniciarse el Trabajo del Equipo de Intervención Familiar para que pueda comprobarse la realidad de cambio de circunstancias que se esgrime en la solicitud. Tal contacto no se verificó, no pudiendo hacer su trabajo el Equipo de Intervención Familiar, razón por la cual no pudo adoptar la Administración una decisión sobre la petición de modificación de la declaración de desamparo, al tiempo que los padres interponían el presente proceso civil en el que reiteraban su pretensión de cese de la medida de desamparo y de sus consecuencias legales. (...). Si la declaración de desamparo se basó en las negativas circunstancias familiares en que se encontraba la menor y si ahora se insta el cese de aquella declaración por cambio de esas circunstancias, es evidente que la Administración que, no podemos olvidar, tiene encargada por ministerio de la ley la protección de la menor, debe estar en condiciones de examinar la realidad de ese cambio que se invoca. Ello es consustancial a su propia competencia protectora de la infancia y, especialmente, a su deber de velar por la primacía “del interés menor en la toma de decisiones y en la actuación, por encima de cualquier otro interés concurrente, por legítimo que éste sea”.*

Como expresa la SAP. de Pontevedra de 5 de octubre de 2012⁵³⁰, la acción de recuperación del pleno ejercicio de la patria potestad y extinción de la tutela legal de la Entidad pública tiene por objeto solicitar la revocación de la declaración de desamparo y extinción de la tutela legal, el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad (acordada *ex art. 172.1 párr. tercero C.c.*) y la atribución de la custodia del menor a uno o ambos progenitores. El plazo para el ejercicio de esta acción (art. 172.7 C.c.), es el de caducidad de dos años. La distinción entre ambos tipos de acciones de impugnación ha sido reflejada por el legislador en el inciso inicial del art. 172.7 párr. tercero C.c., al decir "*pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor*". El derecho de solicitud hay que entenderlo referido al cese de la suspensión aludida en el mismo art. 172.1 párr. primero y la oposición, en una interpretación lógica y sistemática con las demás disposiciones del art. 172 C.c., al recurso contra las resoluciones administrativas en materia de protección.

En cuanto al cómputo del plazo, se inicia en el momento de la notificación de la resolución de desamparo y se considera de caducidad, según la citada SAP. de Pontevedra de 5 de octubre de 2012⁵³¹.

Según señala la Circular FGE 1/2008, en sus conclusiones, las acciones para hacer cesar la declaración de desamparo, en el párrafo primero del apartado séptimo del art. 172 C.c., deben estar orientadas a acreditar que los padres ya no se encuentran incurso en las causas que justificaron la declaración de desamparo. Los hechos objeto de alegación y prueba deben ser hechos nuevos, acaecidos tras la declaración de desamparo y mediante los que se trata de acreditar que se está en condiciones de reanudar el ejercicio de la patria potestad. Lo que no podrá discutirse por esta vía es la realidad de los hechos que motivaron el desamparo y la corrección jurídica de las medidas adoptadas.

⁵³⁰ JUR 2012, 370108.

⁵³¹ "(...), y por supuesto en el momento de interponer la demanda en marzo de 2009, ha transcurrido sobradamente el plazo de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de recuperación aludida en segundo lugar, desde la notificación de la resolución que declara el desamparo, pretendiendo su revocación y la reintegración del menor a la guarda de la madre biológica...".

Como ya se ha puesto de manifiesto, transcurrido el plazo de dos años, los padres no tienen legitimación ni para impugnar las resoluciones de protección ni para instar su revocación por causas sobrevenidas, reconociéndoseles, simplemente, el derecho de poner en conocimiento hechos que pudieran justificar una modificación de las resoluciones de protección. Esta puesta en conocimiento es extrajudicial, pudiendo alternativamente plantearse ante la Entidad pública o ante el Ministerio Fiscal.

En la conclusión 6ª de la citada Circular 1/2008, se recoge que el Fiscal ha de tener en cuenta que el plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tiene porqué ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos. En tales casos, será aconsejable que bien la Entidad pública, bien el Ministerio Fiscal promuevan la privación definitiva de la patria potestad conforme a las previsiones del art. 170 C.c.

A nuestro modo de ver, debería respetarse siempre el plazo establecido de dos años, incluso, cuando las posibilidades de recuperación sean escasas⁵³².

Desde nuestro punto de vista, siempre que el menor se encuentre debidamente atendido, no existe motivo para precipitar las resoluciones que tiendan a formalizar la adopción, porque en un plazo de dos años, aun en el caso que los progenitores no se opusieran a la resolución de desamparo, cabe la posibilidad de que las circunstancias que provocaron el desamparo desaparezcan o evolucionen de forma positiva, lo que facultaría a los progenitores a iniciar la acción de revocación, en cuyo caso, se evaluaría la situación y, dependiendo del resultado, se actuaría en consecuencia. Pero no respetar el plazo para provocar una adopción de forma apresurada no tiene sentido.

Además, en la Circular 1/2008, la FGE tampoco fundamenta dicha conclusión, apoyándola, exclusivamente, en la necesidad de dotar a estos procedimientos de la mayor celeridad (*vid.* conclusión 10ª), pero no en el beneficio directo hacia el menor,

⁵³² Sin embargo, parece probable que la situación actual se afiance y acabe por legitimarse, puesto que el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, en la redacción que da al art. 172.2, pfo. 5º, establece que “*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 de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen, siempre que no esté pendiente de resolverse la oposición contra la resolución administrativa que acordó la declaración del desamparo*”.

pues se presume que, al encontrarse sometido a tutela *ex lege*, se encuentra debidamente atendido. Además, se ha de tener en cuenta que el plazo de dos años es un plazo muy escaso, y no respetarlo implica una actuación que podría calificarse de irreflexiva e imprudente, lo cual no le beneficia. Y, por último, hemos de señalar que, a nuestro entender, no resulta lógico cómo la FGE ha llegado a tal conclusión, cuando entra claramente en contradicción con la conclusión anterior, la 5ª, según la cual “*en principio, en tanto transcurra el plazo de dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinserción en su familia biológica*”.

En definitiva, como entiende DÍEZ GARCÍA⁵³³, el art. 172.7 C.c. prevé que la pretensión de los progenitores en estos casos consiste en que se deje sin efecto la declaración de desamparo en función de un cambio de las circunstancias que inicialmente la motivaron, por lo que, en base a ello, resultan aptos para retomar el ejercicio de la patria potestad, luego, durante un periodo de dos años, ha de preservarse también la posibilidad de que resulte factible esa reinserción familiar.

En realidad, aunque sea de modo implícito, el mandato legislativo, en opinión de esta autora (parecer que compartimos absolutamente) resulta claro: durante ese periodo de dos años, la Entidad pública debería abstenerse de adoptar una decisión que pudiera resultar incompatible con un futuro retorno del menor a su núcleo de procedencia, como podrían ser el acogimiento preadoptivo o una adopción, siempre que esa reinserción familiar resulte posible, y siempre que, lógicamente, los progenitores no hayan asentido esa adopción (o, en su caso, acogimiento). Además, si la Entidad pública impidiera la reinserción familiar por este motivo, sería responsable de los daños y perjuicios causados a los progenitores del menor, así como al propio menor.

Por otro lado, según esta autora⁵³⁴, también denota este apartado 7º del art. 172 C.c., que el modo de proceder adecuado en estos dos años de pendencia, ante una situación de desprotección que se prevea irreversible para solventar cualquier problema, es que la Entidad pública o el Ministerio Fiscal insten la privación de la patria potestad. A nuestro entender, en el caso de la situación de irreversibilidad, ésta debería quedar absolutamente acreditada. En cambio, en el supuesto de que los padres asientan el

⁵³³ DÍEZ GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1813.

⁵³⁴ DÍEZ GARCÍA: *Íbidem*.

acogimiento preadoptivo, sí se debería instar a la mayor brevedad por los poderes públicos la privación de patria potestad.

Por lo que se refiere a la legitimación para revocar lo acordado en el plazo de dos años (art. 172.7 C.c.), concluye la FGE que las acciones para hacer cesar la declaración de desamparo se le otorgan, en exclusiva, a los progenitores. Pueden ser ambos o uno solo de ellos quienes mantengan la acción pero no otros familiares, careciendo de dicha legitimación los progenitores cuando hayan sido privados de la patria potestad, cuando la persona tutelada hubiera alcanzado la mayor edad, hubiera sido ya adoptada, o se hubiera emancipado.

Es decir, este art. 172.7 C.c., parece restringir la legitimación para el ejercicio de esa pretensión a los padres no privados de patria potestad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 172.1 C.c. establece que el ejercicio inadecuado o incumplimiento de los deberes inherentes de protección puede referirse además a los tutores y guardadores, por lo que también éstos, deberían estar legitimados para instar, durante ese plazo de dos años, la revocación de dicha declaración. Y, por otro lado, no conviene obviar que durante el mismo plazo de dos años, los padres pueden intentar, además, de la revocación de la declaración de desamparo, el cese de cualquier otra medida de protección. Por lo que, a juicio de DÍEZ GARCÍA⁵³⁵, resulta posible que otros interesados, incluso de la familia extensa del menor, puedan postular la impugnación de las medidas ya adoptadas cuando aleguen un cambio sustancial de las circunstancias primariamente evaluadas.

A nuestro modo de ver, en el caso de que la Entidad pública dictara una resolución que ratificara un desamparo, inicialmente provisional, después de transcurrido los dos años, y aprovechando ese silencio de la ley al que se refiere la FGE en la conclusión 9ª de la Circular 1/2008, sería lógico, tratándose de la ratificación de una resolución de desamparo, permitirle a los progenitores la impugnación de la misma en el plazo de tres meses, y, a su vez, concederles un nuevo plazo de caducidad de dos años para instar la revocación de lo acordado, si cambiaran las circunstancias iniciales. Sin embargo, ello no es posible, puesto que en la misma conclusión 9ª de la Circular

⁵³⁵ DÍEZ GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1813.

1/2008, la FGE considera: “*pues si de nuevo se permitiera a los padres biológicos acudir a los Tribunales quebraría la lógica del sistema, que se asienta sobre la limitación temporal de las posibilidades de impugnación de las resoluciones de protección por parte de los progenitores*”. Por consiguiente, es el Ministerio Fiscal el único legitimado para accionar, en virtud de la superior vigilancia de la tutela *ex lege* que le atribuye el art. 174 C.c. Otra interpretación llevaría a consagrar la exención de la fiscalización jurisdiccional de actos en los que el interés del menor puede verse profundamente afectado.

4.2.- La revocación de oficio

En el apartado 8º del art. 172 C.c. se dispone que la Entidad pública, 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, decisión que se notificará al Ministerio Fiscal.

Como puede comprobarse, se condiciona la decisión de la Administración relativa a la revocación de la declaración de desamparo a la concurrencia de alguna de las dos circunstancias siguientes: a) falta de integración del menor en la familia de acogida; y b) que sea lo más adecuado en interés del menor.

Según PEREZ ÁLVAREZ⁵³⁶, la redacción del precepto resulta llamativa en tanto que la primera circunstancia no debe ser criterio determinante de la revocación de la declaración de desamparo si no se ha subsanado la situación fáctica que dio lugar a dicha declaración. Y la segunda, porque el interés del menor debe ser valorado siempre, y no sólo como elemento autónomo relativo a las circunstancias que afectan al núcleo familiar en que se produjo el desamparo.

En estos casos, la FGE afirma en sus conclusiones de la Circular 1/2008 que dicha decisión habrá de entenderse susceptible de impugnación ante la autoridad judicial en el plazo de los dos meses conforme a la regla general de la LEC (art. 780.1).

⁵³⁶ PÉREZ ÁLVAREZ: “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales”, cit., pág. 733.

Pues bien, es preciso poner de manifiesto que los padres poco o nada podrán alegar respecto a las circunstancias que propone el art. 172.8 C.c., pues si la Administración dicta una resolución revocando el desamparo y devolviéndolo a su familia, ¿qué sentido tiene impugnar la misma?

Como recoge la SAP. de Granada de 26 de octubre de 2012⁵³⁷, cabe la posibilidad de que, contemplando lo que dispone el art. 172.8 C.c. y regula el art. 43.2 del Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de Febrero sobre régimen de Desamparo, tutela y guarda administrativa, se haga un seguimiento de la situación y mediante una colaboración de la administración con los progenitores para se posibilite la recuperación de la custodia por los padres y consiguiente reintegración familiar si cambian las circunstancias. En cuyo caso, la Administración devolvería el menor a su familia.

A juicio de DÍEZ GARCÍA⁵³⁸, el art. 172.8 C.c. implícitamente admite la consustancial revisión de oficio de la declaración de desamparo y de todas las medidas de protección (cfr. arts. 102 y ss. Ley 30/1992) en atención a una eventual alteración sobrevenida de las circunstancias y el interés del menor⁵³⁹. En especial, el legislador admite esta circunstancia cuando el menor no ha encontrado una familia ajena de acogida, o en el caso contrario, no se ha producido la plena integración del menor en esa familia.

⁵³⁷ JUR 2014, 125400.

⁵³⁸ DÍEZ GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1815.

⁵³⁹ Circular FGE 1/2008, en la Conclusión XV.1, recoge la supervisión de la actividad administrativa en los siguientes términos:

“1ª Ha de impulsarse la actividad protectora de las Entidades Públicas, poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa.

2ª En esta función dinamizadora, las Secciones de Menores deben exigir no solo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección, sino también la notificación de las resoluciones en las que se acuerde no adoptar una medida de protección interesada.

En los casos en que haya sido la propia Sección la promotora de actuaciones mediante la apertura de diligencias, habrá de comprobarse en un tiempo prudencial si se ha recibido o no la resolución. En el caso de detectar una posible inactividad a la hora de resolver sobre la información recibida, las Secciones de Menores deben instar que se dicte la resolución oportuna. Si la Entidad Pública comunica su intención de no intervenir en algún supuesto, habrá de valorarse la posibilidad de formular oposición conforme a los cauces previstos en el art. 780 LEC.

3ª Resulta necesario ejercer una cualificada vigilancia sobre los menores ingresados en los Centros de Acogida Inmediata, por las propias características de los mismos. La estancia no debe prolongarse más allá del plazo estrictamente necesario para la evaluación previa, debiendo ser trasladados los menores en el menor tiempo posible a un centro adecuado a sus circunstancias y necesidades”.

Por todo ello, compartiendo absolutamente la opinión de PÉREZ ÁLVAREZ, parece claro que mediante el cauce que contempla el art. 172.8 C.c., sólo se deja abierta una puerta que, en realidad, ubica en el ámbito discrecional de la Administración una suerte de revisión de oficio que le permite revocar la declaración de desamparo, puesto que lo que ha pretendido el legislador ha sido abandonar en las Entidades públicas las consecuencias derivadas del desamparo una vez transcurrido dos años para solicitar la revocación de la resolución que dio lugar a la misma⁵⁴⁰.

La razón de ser de este precepto puede encontrarse en aquellos supuestos en los cuales cabe la rehabilitación de los progenitores, a medio y largo plazo, cuando se llevan a cabo programas de cooperación entre la familia y la Entidad protectora, como ocurrió en la reciente SAP. de Vizcaya de 21 de marzo de 2014⁵⁴¹.

A nuestro entender, el art. 172.8 C.c. sería aplicable a esos casos recuperables en los que fuera necesario un programa de colaboración entre la Administración y los progenitores, destinado a su rehabilitación, pero cuyo periodo de duración excediera los dos años. Así, se respetaría el derecho del menor a su familia natural, puesto que se devolvería con todas las garantías, al tiempo que los poderes públicos cumplirían su función protectora manteniendo el desamparo durante el tiempo necesario hasta que se superaran las causas que lo provocaron.

Para ello, sería necesario que la Entidad pública, de forma paralela, aplicase unos programas de actuación con las familias de origen, dirigidos a su rehabilitación, sometiéndolas a constante evaluación. De este modo, pasado unos años y superadas las carencias que provocaron el desamparo, sería revocado de oficio *ex art. 172.8 C.c.*

Debe tenerse en cuenta que, como se ocupa de subrayar el FJ. 3º de la SAP. de Asturias de 6 de febrero de 2014⁵⁴², “*el retorno del menor a la familia biológica es una aspiración legal y objetivo de la acción protectora, como así se deduce del art. 172.4 C.c.*”.

⁵⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ: “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales”, cit., pág. 733.

⁵⁴¹ JUR 2014, 18355.

⁵⁴² JUR 2014, 69507.

TEMA 5:

GUARDA ASISTENCIAL Y ACOGIMIENTO

SUMARIO

I.- LA GUARDA ASISTENCIAL O ADMINISTRATIVA

1.1.- Concepto, características y procedimiento para su constitución

1.2.- El cese de la guarda administrativa

II.- TRATAMIENTO DE LA GUARDA ASISTENCIAL EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

III.- EL ACOGIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA GUARDA DEL MENOR. PRINCIPALES NOTAS CARACTERÍSTICAS

IV.- MODALIDADES DE ACOGIMIENTO

4.1.- El acogimiento familiar

4.1.1.- Concepto, carácter preferente y tipos

4.1.2.- Familia de acogida extensa y ajena

4.1.3.- El acogimiento familiar profesionalizado

4.2.- El acogimiento familiar preadoptivo

4.3.- El acogimiento residencial

4.3.1.- Su carácter subsidiario

4.3.2.- Los Centros de acogida. Características y funcionamiento

4.4.- El acogimiento en hogar funcional

V.- LA IDONEIDAD DE LOS ACOGEDORES. SU IMPORTANCIA Y VALORACIÓN

5.1.- Criterios generales

5.2.- Criterios específicos

VI.- FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ACOGIMIENTO. LA OPOSICIÓN A LA MISMA

6.1.- La constitución administrativa

6.2.- La constitución judicial

6.2.1.- El expediente: incoación, consentimientos y audiencias

6.2.2.- La oposición al acogimiento

6.2.3.- Irrelevancia de la alegación de la necesidad del asentimiento de los padres o tutores como causa de oposición

6.2.4.- Los acogedores no son parte procesal

VII.- EL CESE DEL ACOGIMIENTO

VIII.- EL ACOGIMIENTO EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

IX.- EL ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES

9.1.- Las personas mayores como objeto de protección por las Entidades públicas

9.2.- El acogimiento familiar de personas mayores como medida de protección

----- O -----

Nota introductoria: Intentamos, en este Tema, analizar en profundidad la figura del acogimiento comenzando, para ello, por el estudio de la guarda asistencial, pues partimos de la base de que el acogimiento es el instrumento utilizado por la Entidad

pública para ejercer la guarda del menor cuando éste se encuentra bajo su tutela. Tratamos, a continuación, las notas distintivas del acogimiento y sus modalidades, el acogimiento familiar y el acogimiento residencial. La Ley 21/1987 concibe el sistema de protección de menores como un proceso que culmina con la medida de máxima protección, la adopción. El acogimiento familiar, es el elemento adecuado para integrar al menor en una familia, al objeto de que sea adoptado. Analizamos las distintas modalidades de acogimiento familiar que ofrece el C.c., pero, a la vez, pretendemos demostrar que cualquier tipo de acogimiento familiar puede convertirse en preadoptivo para culminar en una adopción, siempre que sean las personas idóneas y resulte beneficioso para el menor. Por ello, dedicamos al preadoptivo un epígrafe independiente. También se expone cuál es la adecuada vía procesal que han de utilizar los padres o tutores del menor objeto de protección, una vez que la Entidad pública dicta la correspondiente resolución que acuerda la necesidad del acogimiento y ellos no expresan su consentimiento, poniendo de relieve la cuestión procesal más controvertida que surge en estos casos, como es la legitimidad procesal de los acogedores. Se aborda el acogimiento de ancianos o personas mayores, el cual presenta ciertas similitudes con el de menores, en tanto se trata de personas vulnerables y, por consiguiente, necesitadas de protección.

I.- LA GUARDA ASISTENCIAL O ADMINISTRATIVA

Antes de adentrarnos en el estudio del acogimiento, a fin de centrar adecuadamente el tema, comenzaremos por abordar la guarda asistencial o administrativa de menores, puesto que no tendría sentido tratar el acogimiento si antes no estudiamos su razón de ser.

La guarda de menores es una institución de Derecho civil mediante la cual una persona o institución pública recibe temporalmente y por voluntad expresa o tácita de los titulares de la patria potestad a un menor de edad, obligándose a tenerlo en su compañía, cuidarlo, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Cuando la guarda del menor es asumida por una Entidad pública, nos encontramos ante la denominada “*guarda administrativa*”.

Si bien en el Tema Preliminar del presente trabajo tuvimos ocasión de trazar un mínimo esbozo acerca de esta institución protectora, será, a continuación, cuando abordemos un detenido análisis de la misma, profundizando en su régimen jurídico y subrayando, aun a riesgo de reiterarnos, algunos aspectos esencialmente caracterizadores de la medida tuitiva, tal y como su esencial transitoriedad o temporalidad.

1.1.- Concepto, características y procedimiento para su constitución

La guarda del art. 172.2 C.c., viene dominada, en la propia definición legal, por la idea de duración temporal en un espíritu de neta provisionalidad o transitoriedad. Gira en torno al ejercicio, por parte de la Entidad pública, del contenido personal (en concreto, la guarda) de la patria potestad o tutela suspendida (si bien el art. 172.1 C.c. *in fine*, interpretado *a sensu contrario*, cabría plantear la no suspensión). Los progenitores o tutores conservan, pues, sus facultades de representación legal y patrimonial de los menores a ellos sometidos y sus correspondientes responsabilidades (de las cuales no quedan exonerados *ex art. 172.2 pfo. 2º C.c.*), a exclusión, ha de entenderse, de las relativas a la guarda. Los padres o tutores seguirán teniendo la obligación de velar por el menor y el derecho de visitas y comunicación con el mismo, salvo que una resolución

judicial lo impida por convenir al interés del menor. En definitiva, no afecta a la titularidad de la patria potestad o tutela del menor.

Así las cosas, la guarda asistencial convive con la patria potestad y/o la tutela, de las que no han sido privados sus titulares⁵⁴³, y dicha coexistencia debe estructurarse sobre las pautas que más convengan al interés del menor.

La entidad guardadora ha de ostentar, lo que VARGAS CABRERA⁵⁴⁴ denomina, “*un poder de dirección ordinario*”, que asimila a la cotidianidad. La idea de guarda se conecta a la de custodia material y atención directa al beneficiario de la medida. Se debe tener en cuenta que, partiendo de la base que nuestra Ley 21/1987 tiene su origen en la Ley italiana de 1983, sin embargo no se ha transcrito a nuestro Derecho el precepto de regulación íntala que imponía a los acogedores la obligación de seguir, en principio, las instrucciones de los titulares de la potestad familiar.

Los acogedores, quienes, en nuestro Derecho, conservan, en todo caso, los deberes de alimentar y velar por los menores que tiene acogidos, también pueden tener reservada, por convenio o decisión judicial, la toma de decisiones sobre temas básicos trascendentales para el menor, y, de un modo más o menos amplio, la participación en los procesos educativos y de atención al niño. Una vez más, el principio “*tout pour l'enfant*”, dada la amplitud de la fórmula legal, dirimirá los ámbitos competenciales del guardador y de los que ostentan la titularidad de los deberes tuitivos⁵⁴⁵.

La guarda administrativa no se produce de manera automática, pudiéndose llegar a ella bien por petición de los titulares de la patria potestad, cuando éstos justifiquen la imposibilidad de atender al menor, por enfermedad, falta de recursos o cualquier otra circunstancia grave⁵⁴⁶ (art. 172.2 C.c.); bien por decisión judicial en los casos en que legalmente proceda (arts. 172.2 y 103.1 C.c.).

⁵⁴³ Vid. LÓPEZ SUÁREZ: “Consideraciones sobre la suspensión administrativa de la patria potestad”, cit., págs. 549 a 551.

⁵⁴⁴ VARGAS CABRERA: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, cit., pág. 640.

⁵⁴⁵ VARGAS CABRERA: *Op. cit.*, págs. 640 y 641.

⁵⁴⁶ SAP. de Pontevedra de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957), FJ. 4º (...): “*es lo cierto, además, que el CC en su art. 172.2º prevé que 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 y en el párrafo 3º que la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se*

Ahora bien, no debe confundirse tutela administrativa con guarda administrativa, puesto que si el art. 172.1 C.c. establece que cuando el menor se encuentra desamparado la Administración asume la tutela, la guarda del art. 172.2 C.c. sólo podrá constituirse cuando no se haya llegado a la situación de privar a los progenitores de la custodia de sus hijos, es decir, la guarda administrativa tiene una finalidad preventiva, al constituirse previamente al desamparo cuando el menor se encuentra en una situación de riesgo y con el fin de evitar aquél. La tutela administrativa, como ya se ha indicado en el presente trabajo, se constituye una vez producido y declarado el desamparo, en base a lo cual puede reconocérsele un carácter “*terapéutico*”⁵⁴⁷. La guarda voluntaria o asistencial tiene por finalidad lograr que desaparezcan las circunstancias que imposibilitan el ejercicio adecuado de la patria potestad, evitando o impidiendo que su deterioro desemboque en una futura situación de desamparo. Repárese, sin embargo, que en ambos casos la Administración asume la guarda del menor: en un caso, como medida en sí misma, con carácter autónomo; en otro caso, como contenido de la tutela *ex lege*. En ambos supuestos, el acogimiento es un modo de ejercer dicha guarda.

Las características principales consisten en que, al tener una finalidad preventiva (el menor no se encuentra en situación de desamparo, aunque sí en una situación de riesgo), solo dura “*el tiempo necesario*” (art. 172.2, pfo. 1 C.c.) para que los progenitores, quienes siguen ostentando la patria potestad, superen las circunstancias que provocaron su solicitud⁵⁴⁸, de manera que es esencialmente temporal⁵⁴⁹. Es

realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. Es decir, que la Ley prevé expresamente en dicho precepto la forma en que los padres o progenitores pueden solicitar de las instituciones públicas colaboración para el ejercicio de la guarda, pero desvinculándola del desamparo (la guarda asumida a solicitud de los padres o como función de la tutela por ministerio de la ley) nótese el empleo de la conjunción disyuntiva “o” y que se resolverá a través del acogimiento; ello permite concluir que no existe limitación para que lo mismo (el acogimiento) tenga lugar con la familia próxima, sin pérdida de la patria potestad por la previa declaración de desamparo, y a la que el legislador no ha impuesto forma alguna, precisamente porque se desarrolla dentro del ámbito familiar, y que se convierte en una guarda de hecho. Todo ello claro está, salvo que se aprecie actuación torticera o incumplimiento de los deberes superiores en relación a la menor, que deban llevar a dicha declaración de desamparo”.

⁵⁴⁷ MAYOR DEL HOYO, Victoria: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999, págs. 133 y 134.

⁵⁴⁸ Como indica la SAP. de Madrid de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012, 106257), en su FJ. 2º: “ (...) no puede, sin embargo, dejar de recordarse que la guarda en tal modo constituida ha de responder a una situación coyuntural, como así lo contempla, en su apartado nº 2, el citado artículo 172, al disponer que cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor, podrán solicitar de la Entidad pública competente que ésta asuma su guarda ‘durante el tiempo necesario’. Y es lo cierto que, en el caso, la imposibilidad de la hoy recurrente de desempeñar directa y personalmente las

supervisada, pues se lleva a efecto bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal. Es delegable, de modo que la Entidad pública titular de la guarda puede delegarla en el director del centro en el que sea ingresado el menor, o bien en la familia que lo reciben en acogimiento, si bien la responsable de la guarda del menor es la Administración.

Tiene carácter subsidiario, puesto que, como recoge la SAP. de Vizcaya de 21 de marzo de 2014⁵⁵⁰, en su FJ. 1º, la protección y amparo del menor, tanto en nuestro sistema legislativo como en los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se realiza primordialmente en el seno de la familia natural, que es la que está llamada a prestar al menor el necesario marco afectivo y material que permita su desarrollo; y sólo cuando la familia natural presenta dificultades de cualquier índole para atender al menor, se acude al apoyo institucional en sus diversas variantes que van desde la orientación educativa y apoyo personal hasta el auxilio material cuando se hace preciso. De este modo, *“el acogimiento del menor por terceras personas físicas o instituciones siempre es la última medida a adoptar cuando todas las demás se han demostrado inadecuadas o insuficientes para que el menor se desarrolle en un ambiente totalmente adecuado y normalizado”*.

Siguiendo a LLEBARÍA SAMPER⁵⁵¹, quien parte de la anterior redacción del art. 172.2 C.c.⁵⁵², se prevén, sustancialmente, dos cauces para la adopción de esta medida. En primer lugar, a instancia de parte por *“quienes tienen la potestad sobre el menor”*. Y en segundo lugar, por resolución judicial, bien de oficio, bien a requerimiento también de la parte interesada.

funciones inherentes a la patria potestad se ha seguido manteniendo, sin alteración apreciable, en el curso de los años transcurridos desde la entrega de los menores a la guarda de la Entidad pública, como así lo ponen de manifiesto los informes sociales incorporados a las actuaciones, en los que se reflejan la situación de inestabilidad laboral y personal en que se encuentra inmersa doña Palmira, además diagnosticada médicamente de trastorno de personalidad sin especificación”.

⁵⁴⁹ Para LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2005 (4ª ed.), pág. 439, se trata de una situación de carácter transitorio por antonomasia.

⁵⁵⁰ JUR 2014, 183556.

⁵⁵¹ LLEBARÍA SAMPER, Sergio: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 60 a 63.

⁵⁵² El art. 172.2 C.c., antes de ser modificado por la Ley 21/1987, establecía lo siguiente: *“2. La Entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”*.

El citado autor concreta que, de una primera lectura del art. 172.2 C.c., destacan tres deficiencias: a) no se concreta quién ostenta la legitimación activa necesaria para instar la solicitud de guarda; b) surge la incertidumbre en cuanto a quién se ha de dirigir la solicitud; c) no se enumeran las posibles causas mediante las que cesa la situación de guarda, cuando ésta no se ejerce mediante vía acogimiento.

Abordando el primero de los cauces, la guarda voluntaria, puesto que el autor entiende que el segundo será utilizado en “*los casos que legalmente proceda*”, el art. 172.2 C.c. se refiere a “*quienes tienen potestad sobre el menor*”, considerando como pieza clave el término “*potestad*”, del que se derivan las consecuencias legitimadoras de la guarda que se pretende solicitar. En su opinión, en este contexto, la palabra “*potestad*” debe entenderse como “los poderes que *de facto* se ejercen sobre el menor por parte de quien debe atenderlo (obsérvese que se hace la solicitud “*por no poder atenderlo*”). De este modo, el legislador opta por una fórmula amplia que deberá examinarse según las circunstancias y la institución ante la que nos encontremos, y que trasciende a los titulares de la patria potestad, aun resultando obvio que serán éstos quienes tengan, normalmente, la potestad sobre el menor y, por tanto, quienes puedan instar su solicitud de guarda. Además, esta petición se inscribiría en los genéricos deberes-derechos reconocidos en el art. 154.1 C.c., en cuanto que se trata de velar por los hijos⁵⁵³. De esta manera, dada la amplitud de los términos utilizados en la anterior redacción del precepto, parece que legitimados activamente para solicitar la guarda podían estarlo tanto los padres, como el tutor como el guardador de hecho. La polémica doctrinal en torno ello, como dentro de poco veremos, ha quedado zanjada con la nueva redacción recibida por el art. 172.2 C.c.

Según lo dispuesto en el art. 172.2 C.c., “*cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad pública competente que ésta asuma la guarda durante el tiempo necesario*”, para que proceda la guarda se exige la concurrencia de tres requisitos:

1.- En primer término, la imposibilidad de atender al menor por causas o circunstancias ajenas a la voluntad del padre o tutor. Éste es un requisito esencial de la

⁵⁵³ LLEBARÍA SAMPER: *Op. cit.*, págs. 60 a 63.

declaración de desamparo; sin embargo, en este supuesto, la imposibilidad tiene su origen en unas circunstancias graves debidas a una causa involuntaria o de fuerza mayor. Es decir, para poder acordar la guarda, en cuanto mecanismo que evita los devastadores efectos de la declaración de desamparo, se exige ausencia de lo que GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁵⁵⁴ denominan “*animus derelinquendi*”, por parte de los padres o tutores. Así pues, la despreocupación, el desinterés o el descuido deben estar ausentes en la actitud de los mismos. De ahí la importancia de acreditar, mediante la prueba pertinente, que las causas de la desatención al menor son independientes de la voluntad de los padres o tutores. Por ejemplo, la enfermedad del guardador, ausencia por motivos laborales, condena penal, reclutamiento forzoso.

De lo apuntado se deriva, en consecuencia, que la guarda voluntaria cumple una doble finalidad: de un lado, se trata de una función asistencial que permite a los particulares que ostentan la guarda recurrir a la Entidad pública competente para que, provisionalmente, se haga cargo del menor; de otro lado, se trata también de un medio que permite atenuar el rigor derivado del carácter objetivo que asigna al desamparo el art. 172.1 C.c. Y es que, como se ha apuntado, el desamparo procede siempre que el menor está privado de la asistencia moral y material, con independencia de la causa; pues bien, por medio del art. 172.2 C.c., los padres o tutores del menor podrán evitar la declaración de desamparo.

2.- En segundo término, se exige que la imposibilidad en el cumplimiento de los deberes de atención al menor sea temporal y transitoria, de tal forma que la guarda sólo puede adoptarse en aquellos casos en que la imposibilidad de la asistencia no aparece como irreversible, pues, entonces, tendría que declararse la situación de desamparo que acarrea, como ya se ha puesto de manifiesto, otras consecuencias más graves. Esto es, la guarda se configura como un instrumento de apoyo provisional ante las graves dificultades que los titulares de los deberes familiares tienen, temporalmente, para ejercitarlos.

3.- En tercer término, se requiere que exista petición de los padres o tutores, en cuanto que tanto la LOPM, en su art. 19, como el C.c. en su art. 172.2, pfo. 1º sólo alude

⁵⁵⁴ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección al menor*, cit. [TOL460.474].

a los mismos.

En lo que se refiere al procedimiento para la constitución de la guarda a instancia de parte, se iniciará con la presentación de una solicitud (que, en principio, deberá ser escrita aunque podría formularse oralmente, sin perjuicio de que el funcionario que la reciba la documente por escrito), en la cual constarán las causas que motivan la petición y las pruebas que se presenten. Se requerirá que la solicitud se curse por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento (tácito o expreso) del otro y, en caso de desacuerdo, el párrafo segundo del art. 156 C.c. faculta a cualquiera de ellos para acudir al juez, debiendo puntualizarse que el juez, en base a este precepto, no apreciará ni decretará la conveniencia de la medida, sino que se limitará a atribuir a cualquiera de los progenitores la facultad de decidir al respecto.

Presentada la solicitud, se realizarán por los equipos técnicos correspondientes las actividades conducentes a la comprobación de las circunstancias contenidas en la solicitud⁵⁵⁵, debiendo oírse necesariamente al menor con más de doce años e, incluso, con menos edad pero con suficiente juicio.

Una vez valorada la situación por los equipos técnicos, elevarán una propuesta de actuación al Delegado provincial para que dicte la correspondiente resolución, la cual puede ser estimatoria de la petición o desestimatoria.

En el primer caso, siendo posible que la guarda se ejerza mediante el acogimiento familiar o residencial del menor⁵⁵⁶, la resolución será notificada a los padres o tutores y en la misma se dejará constancia de que los padres y tutores fueron informados de las responsabilidades que siguen manteniendo con relación al menor y de

⁵⁵⁵ Como apunta BENITO ALONSO, Francisco: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, en *Diario La Ley*, 1997 [LA LEY 11848/2001], habrán de evitarse “maniobras fraudulentas por parte de los guardadores que pretendan encubrir con una oportuna solicitud de guarda situaciones de cabal desamparo, que abocarían ineludiblemente a la tutela automática; de ahí que en el curso del Expediente haya de acreditarse que la imposibilidad de atender al menor lo es por causa involuntaria o fuerza mayor, a través de las justificaciones que pudiera ofrecer el solicitante, la investigación efectuada por la propia Entidad e incluso la opinión del menor que tenga suficiente juicio”.

⁵⁵⁶ Art. 172.3 C.c.: “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 realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor. Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas”.

la forma en que se va a llevar a cabo la guarda.

Por el contrario, si la resolución es desestimatoria, los padres o tutores podrán oponerse a la misma ante el órgano jurisdiccional civil siguiendo el procedimiento previsto en los arts. 779 y 780 LEC. En tal caso, de acordarse por el juez la guarda, la Administración estará obligada a asumir la misma, tratándose, por tanto, de la guarda por decisión judicial prevista en el último párrafo del art. 172.2 C.c. Además, los padres o tutores también podrán solicitar al juez las medidas de protección del menor a que se refiere el art. 158 C.c.

La actual redacción del art. 172.2 C.c. acota la legitimación activa respecto a su redacción anterior⁵⁵⁷, al haberse visto modificado por el art. 19 LOPJM, el cual dispone que *“además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código Civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”*.

Autores, como BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁵⁵⁸, consideran que el legislador de 1996 merece ser criticado por restringir injustificadamente la legitimación para solicitar la guarda administrativa, dirigiendo la crítica, de forma especial, a la exclusión de los acogedores como legitimados activos, máxime teniendo en cuenta que la LOPJM reconoce el acogimiento permanente al remitir en su art. 20 a las modalidades de acogimiento establecidas en el C.c. Según dicha autora, en este supuesto del acogimiento permanente estaría más que justificado permitir la constitución de la guarda administrativa a solicitud de los acogedores⁵⁵⁹.

En relación con esta postura, hemos de manifestar que a nuestro modo de ver, el

⁵⁵⁷ Art. 172.2 C.c.: *“Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente en este asunto 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 en 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”.

⁵⁵⁸ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: *El desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas*, Tecnos, 1997, Madrid, pág. 210.

⁵⁵⁹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *El desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas*, cit., pág. 210.

acogedor es un instrumento del que se sirve la Entidad pública en tanto ostenta la tutela *ex lege*, de modo que, en el supuesto de que el acogedor no pudiera prestar la asistencia adecuada al menor acogido, tendría que poner de manifiesto dicha circunstancia ante la Administración tutelante, al objeto de que la correspondiente Entidad pública proporcionase otro acogedor distinto al menor, con los recursos humanos y materiales necesarios para hacer frente a sus necesidades. Además, debemos tener en cuenta que el acogedor no ostenta la “*potestad*” sobre el menor que mencionaba el precepto en su redacción anterior a la Ley 21/1987 y que le facultaría para solicitar la guarda administrativa, pues dicha potestad, en los casos de acogimiento, la ostenta la Entidad pública bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, por ello es un contrasentido solicitar la guarda administrativa a la propia Administración que, a su vez, ya es la tutora del menor por ministerio de la Ley, y, como tal, responsable del mismo. El acogedor ya ejerce la guarda administrativa, luego entendemos que no debe estar legitimado para solicitar, a su vez, a la Entidad pública otra guarda; tan sólo debe comunicar a la Administración que no puede continuar atendiendo al menor.

De este modo, los acogedores pueden instar la finalización del acogimiento, en base al art. 173.4, pfo. 2º C.c., pero, como señala TENA PIAZUELO⁵⁶⁰, aunque concluya la relación de acogida, ello no determina automáticamente el fin de la tuición pública sobre el menor, puesto que, para extinguir esta situación, ha de decidirlo la Entidad pública conforme el art. 173.4, pfo. 4º C.c., es decir, una vez oídos los acogedores para salvaguardar los derechos del menor. Considera este autor que, habida cuenta que el régimen de protección pública de menores es esencialmente administrativo (salvo los casos concretos de intervención judicial), y está generalmente administrativizado, éste será un supuesto básico de extinción, pues si, por lo general, está en manos de la Administración iniciar la relación de tutela *ex lege* o guarda legal, por lo mismo debe resultar de su competencia el poner fin al acogimiento. Ahora bien, hay que resaltar cómo el C.c. explicita que la referida causa extintiva debe operar siempre que ello sea conveniente para el menor, puesto que es este interés subjetivo el

⁵⁶⁰ TENA PIAZUELO, Isaac: “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 24, 1997, pág. 256.

que se erige en el superior parámetro de cuantas actuaciones le afecten⁵⁶¹.

Cabe plantearse el hecho de que, una vez solicitada la guarda administrativa por las personas legitimadas para ello, dicha solicitud resultara denegada, en cuyo caso los solicitantes recurrirían a la vía judicial para reclamar, dado que al amparo del art. 24 CE tendrían acceso a la tutela judicial efectiva. En opinión de MAYOR DEL HOYO⁵⁶², la competencia objetiva residiría en la jurisdicción civil, puesto que la guarda administrativa es un instrumento civil, salvo que el motivo del recurso se funde en una cuestión de procedimiento administrativo, en cuyo caso sería competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando la intervención judicial se plantee en estos casos, simplemente, como control de una actuación administrativa, no tendrá carácter revisor de la misma, sino declarativo.

Conforme lo dispuesto en el art. 172.2 C.c., a la guarda administrativa se llega mediante dos vías, una es la solicitud o a instancia de parte que acabamos de examinar y la segunda trae causa de una resolución judicial.

El Juez, ante una necesidad real de protección del menor, pone en marcha este mecanismo funcional de protección mediante una resolución, de modo que, en tal caso, no se precisa que la guarda haya sido solicitada por los padres a la Administración.

Sin embargo, en el último inciso del art. 172.2 C.c., se precisa que el Juez lo acordará en los casos “*que legalmente proceda*”. Existen varias interpretaciones doctrinales de esta expresión dada su escasa claridad. IGLESIAS REDONDO defiende una interpretación abierta de la expresión, mientras que LLEBARÍA SAMPER entiende que aquélla no hace alusión a cuando proceda la guarda administrativa, sino a cuando proceda la intervención judicial en sí misma considerada, en tanto que GONZÁLEZ LEÓN sostiene que se refiere al condicionamiento de la resolución judicial a los casos en los que realmente proceda. Tanto el Ministerio Fiscal como MAYOR DEL HOYO entienden, sin embargo, que no se refiere a los casos en los que ha de constituirse la

⁵⁶¹ TENA PIAZUELO: *Op. cit.*, págs. 256 y 259.

⁵⁶² MAYOR DEL HOYO: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit., pág. 267.

guarda, sino que la Administración la asumirá cuando así lo acuerde el Juez en los casos que legalmente proceda⁵⁶³.

Desde nuestro punto de vista, la práctica forense nos lleva a concluir que la interpretación resulta mucho más simple y menos compleja, y es que el Juez, en virtud de la potestad que el Ordenamiento jurídico le arroga en virtud del principio del interés superior del menor, atribuye la guarda del menor a la Administración cuando, sencillamente, lo entienda necesario⁵⁶⁴.

Por lo que respecta a la superior vigilancia de la guarda administrativa, la Circular de la FGE 1/2008, en el apartado II, regula la supervisión de la actividad administrativa por parte del Fiscal. Y en este sentido, establece que la singularidad funcional de la intervención del Fiscal en el ámbito de protección de menores radica en que se le encomienda una relevante función extraprocesal, la de superior vigilante de la actividad de las Entidades de protección, extra muros de su ámbito natural de actuación (la promoción de la acción de la justicia ante los Tribunales), y en que tal función de supervisión excede del puro control de legalidad de la actuación de la Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor (arts. 174.1 y 232.1 C.c.), y de ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores (art. 21.4 LOPJM), sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades públicas

⁵⁶³ MAYOR DEL HOYO: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit., págs. 279 a 283.

⁵⁶⁴ Para BENITO ALONSO: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, cit. [LA LEY 11848/2001], “esta vía de intervención judicial posee, pues, un ámbito tan amplio de aplicación que hace, de hecho, estéril la discusión en torno al alcance de la expresión legal del párrafo último del art. 172.2 del C.c.”. Dicho autor apunta, como otros posibles supuestos en los cuales procedería la guarda por decisión judicial y sin ánimo de exhaustividad, el previsto en sede de medidas provisionales por medida de nulidad, separación y divorcio, en el párrafo 2.º del núm. 1 del art. 103 C.c., donde con carácter excepcional los hijos podrán ser encomendados a distinta persona de los cónyuges litigantes y, subsidiariamente, a una institución idónea. También adoptará el Juez las medidas de protección oportunas sobre la persona (y bienes) del sometido a la potestad del que aparece como progenitor, en el curso del procedimiento por el que se impugne la filiación, mientras dure éste (art. 128 C.c.), pudiendo, desde luego, al amparo de esta norma, proceder incluso al internamiento del hijo en una institución. También se citan por la doctrina las medidas provisionales en relación con los hijos de familia, que podrán adoptarse cuando sus padres los tratasen con excesiva dureza o les diesen órdenes, consejos o ejemplos corruptores (arts. 1880.4 y 1910 a 1918 LEC). También durante la sustanciación del procedimiento declarativo ordinario para la exclusión del adoptante de las funciones tuitivas y la extinción de la adopción (arts. 179 y 180 C.c.) el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona (y bienes) del adoptado menor (art. 1832 LEC), una de las cuales sería precisamente la de confiarle en guarda a la Entidad pública correspondiente. También el Fiscal, en fin, promoverá ante el Juez, en su caso, las de medidas de protección que estime necesarias, conforme autoriza el art. 174.2 C.c.

de protección ni llegar a suplantarlas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones.

Tal asignación funcional lleva, entre otras consecuencias, a la necesidad de que las Secciones de Menores sean impulsoras de la actividad protectora de las Entidades públicas, poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa. En esta función dinamizadora, las Secciones de Menores deben exigir no sólo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección, sino también la de aquellas resoluciones en las que se acuerde no adoptar una medida de protección, como podría ser la denegación de una guarda administrativa.

1.2.- El cese de la guarda administrativa

Indudablemente, a la guarda se le confiere un carácter transitorio o temporal y preventivo, procediendo su adopción ante situaciones de riesgo que, por su gravedad inmediata, hacen temer un posible desamparo del menor que, mediante esta medida protectora, se trata de evitar.

Su carácter temporal y provisional se refleja en el régimen de cesación de la misma, de tal forma que, si desaparece la causa que la motivó, deberá reintegrarse al menor en su medio familiar originario. También cesará la guarda cuando transcurra el plazo de duración previsto y, en todo caso, cuando los padres o tutores así lo soliciten alegando la desaparición de las circunstancias que motivaron su adopción. Si la Administración deniega la petición por apreciar que aún subsisten las causas que dieron lugar a la guarda o bien otras circunstancias distintas que hacen necesaria la continuación de la guarda o, incluso, la constitución de tutela automática, en contra de la voluntad de los padres o tutores, tanto éstos como el Ministerio Fiscal podrán acudir a la vía judicial siguiendo el procedimiento de los arts. 779 y 780 LEC.

La guarda, por tanto, no es permanente, de modo que si la actitud de los padres hace que la guarda se establezca en el tiempo y que las causas que la originaron sean

irreversibles, procederá la declaración de desamparo⁵⁶⁵.

Conforme a todo ello, podemos concluir diciendo que la guarda asistencial está abocada al cese⁵⁶⁶.

El cese de la guarda administrativa no está regulado en el C.c. La Ley 21/1987, al introducir la guarda administrativa, omitió cualquier referencia al cese de ésta, omisión en la cual también incurrió la LOPJM.

Lo normal será que la guarda termine una vez haya desaparecido la necesidad real de protección. Debe tenerse en cuenta que el art. 172.2 C.c. contempla la asunción de la guarda administrativa “*durante el tiempo necesario*”⁵⁶⁷. En cualquier caso la guarda cesará, además de por los motivos que con carácter general determinan la extinción de todas las medidas de protección y tutela de menores, por las siguientes causas: por decisión judicial; a petición de los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores; por el cumplimiento del plazo fijado en el acuerdo de constitución de la guarda; por la desaparición de las causas que la motivaron⁵⁶⁸. También cesa la guarda administrativa al alcanzar el menor la mayoría de edad⁵⁶⁹.

Desde nuestro punto de vista, creemos que, una vez cese la circunstancia que ha provocado la guarda, debe ponerse fin a la misma a la mayor brevedad con el fin de que el menor vuelva a su núcleo familiar de origen. Teniendo en cuenta que el Fiscal debe supervisar esta medida de protección, no debería extenderse la misma más de lo debido.

Creemos que cuando se ha constituido la guarda por una resolución administrativa, existe la posibilidad que el cese termine decretándolo el Juez, pues si la familia solicita el cese y la Administración lo deniega, los progenitores se ven abocados a instar un procedimiento judicial que declare dicho cese. Sin embargo, en caso de que haya sido constituida judicialmente, surge la duda sobre si la Administración tiene

⁵⁶⁵ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: “Aspectos procesales civiles de la protección al menor”, cit. [TOL460.474].

⁵⁶⁶ ALONSO SANCHEZ, Beatriz: “La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela *ex lege*, guarda asistencia y acogimiento”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, pág. 60.

⁵⁶⁷ Para un estudio detenido del cese de la guarda administrativa, *vid.* MAYOR DE HOYO: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, págs. 427 a 459, quien distingue cuándo aquélla se constituye por la Administración y cuándo por la autoridad judicial.

⁵⁶⁸ ALONSO SÁNCHEZ: *Op. cit.*, págs. 62 y 63.

⁵⁶⁹ SAP. de Álava de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 155543).

potestad para declarar el cese de la guarda, aun cuando conste el informe del Ministerio Fiscal.

A nuestro entender, la Administración, si estima que ya no existe motivo para mantener la guarda, ha de instar una demanda judicial mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Por supuesto, el Juez de oficio, siempre que sea beneficioso para el menor, podrá decretar el cese de la misma.

II.- TRATAMIENTO DE LA GUARDA ASISTENCIAL EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

La LOPJM en la EM. anuncia que pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y CCAA. Como ya se viene poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, en este sentido, la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, para los que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5º, 6º y 8º del art. 149.1 CE.

No obstante, se dejan a salvo, en su Disp. Final 21^{a570}, las competencias de las CCAA que dispongan de Derecho Civil, Foral o especial propio, para las que la LOPJM se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquéllas. Por último, indica que, cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo, se especifica que las mismas corresponden a las CCAA y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias y las asumidas

⁵⁷⁰ Disp. Final 21ª LOPJM: “1. El artículo 5, en sus apartados 3 y 4 ; el artículo 7 en su apartado 1 ; el artículo 8, en su apartado 2 letra c) ; el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d) ; los artículos 11 , 12 , 13 , 15 , 16 , 17 , 18 en su apartado 2 , 21 en sus apartados 1, 2 y 3 , y el artículo 22 , son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social. 2. El artículo 10, en su apartado 3 , el artículo 21, en su apartado 4 , el artículo 23 , las disposiciones adicionales primera , segunda y tercera , la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima , se dictan al amparo del artículo 149.1.2ª, 5ª y 6ª de la Constitución .

3. Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial”.

por aquéllas en sus respectivos Estatutos.

Recuérdese que el TC. establece, en relación al art. 149.1.8ª CE, que la competencia de las CCAA para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil, foral o especial no supone que éstas puedan legislar sobre Derecho civil (sin más límites que las materias que, según la parte segunda del art. 149.1.9ª CE, corresponden en todo caso al Estado), sino que sólo pueden legislar sobre instituciones o materias existentes o conexas de las ya reguladas, dentro de una actualización acorde con los principios generales o inspiradores en el Derecho Civil, foral o especial de que se trate⁵⁷¹.

En realidad, dado el esquema constitucional de distribución de competencias en la legislación civil sobre la materia *ex* art. 149.1.8ª CE y el hecho de que éstas hayan sido efectivamente asumidas, en diverso grado, por las CCAA, ha de discriminarse entre aquellas disposiciones que se aplican en todo el territorio español (tanto sustantivas como de orden procesal) y aquellas otras que solamente se tendrán en cuenta supletoria o subsidiariamente respecto a la legislación propia de una Comunidad Autónoma.

Lógicamente, depende del nivel de desarrollo competencial de cada Comunidad Autónoma, de modo que Aragón, Cataluña y Navarra tienen un sometimiento menos amplio a los dictados de la LOPJM, en comparación con otras CCAA, ya que hay aspectos de la misma que solamente tendrán el carácter de Derecho supletorio en defecto de la propia legislación que en la materia tenga cada una de las Comunidades citadas⁵⁷².

Siguiendo un orden cronológico, nos encontramos con las siguientes regulaciones autonómicas, las cuales en su articulado, con mayor o menor pormenor, establecen las líneas generales sobre el tratamiento de la guarda administrativa:

- la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura, en sus arts. 18 a 22⁵⁷³.

⁵⁷¹ MAYOR DEL HOYO, Victoria: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2001, págs. 40 a 41.

⁵⁷² TENA PIAZUELO: "Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996", págs. 260 y 261.

⁵⁷³ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores:

Art. 18: "La guarda de menores se llevará a cabo en las condiciones establecidas en el Código Civil".

Art. 19: "La asunción de la guarda, que será ejercida por los responsables de los centros de acogida de menores, se configura como una medida de protección subsidiaria, indicada en aquellos casos en que no fuera posible o recomendable acudir a las medidas de apoyo o acogimiento familiar".

- la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias, en sus arts. 39 a 42⁵⁷⁴.

Art. 20: “Para la ejecución de la medida descrita en el artículo anterior y siempre que las circunstancias del caso lo permitan, el ingreso de un menor en un centro de acogida deberá realizarse, preferentemente, en el medio más próximo a su entorno familiar y social, procurando que su relación con el exterior no sufra alteraciones, facilitando al máximo las actividades fuera del centro y las visitas de familiares, excepto cuando medie resolución judicial en sentido contrario”.

Art. 21: “A los efectos de la Ley de Servicios Sociales de Extremadura, los centros de acogida de menores tendrán la consideración de centros especializados de Servicios Sociales”.

Art. 22: “La Junta de Extremadura, dentro de su ámbito territorial, podrá habilitar como instituciones colaboradoras de integración familiar a aquellas asociaciones o fundaciones no lucrativas en cuyos Estatutos o reglas figure como fin la protección de menores, siempre que dispongan de los medios técnicos, materiales y humanos necesarios para la realización de las funciones que les sean encomendadas.

La colaboración de estas instituciones será prestada a través de centros y hogares o pisos de acogida, que estarán en todo caso sujetos a la previa acreditación y posterior asesoramiento y supervisión de la Junta de Extremadura.

La Junta de Extremadura arbitrará un sistema de convenio o concierto de financiación con las instituciones privadas de integración familiar cuyo interés social así lo demande”.

⁵⁷⁴ Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor:

Art. 39. “Concepto. La guarda de un menor supone para quien la ejerce la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una atención y formación integrales”.

Art. 40. “Asunción para la Administración del Principado de Asturias. 1. Sin perjuicio de que el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda, corresponda a los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores del menor, la Administración del Principado de Asturias asumirá la guarda de un menor como medida de protección, en los supuestos siguientes:

a) Cuando asuma la tutela por ministerio de la ley.

b) Cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, así lo soliciten a la Administración del Principado de Asturias, justificando no poder atenderlo por circunstancias graves ajenas a su voluntad.

c) Cuando la Autoridad judicial así lo disponga en los casos en que legalmente proceda.

2. El ejercicio de la guarda de un menor por parte de la Administración del Principado de Asturias tendrá carácter temporal, atendiendo en todo momento a la reintegración del menor en la propia familia de origen o en una familia acogedora, a través de las medidas de protección establecidas en la presente Ley”.

Art. 41. “Condiciones. 1. Los padres y tutores de un menor cuya guarda sea asumida por la Administración del Principado de Asturias conservarán los derechos de representación legal, de administración de bienes y de visitas sobre el menor, y de forma muy especial el derecho de reintegración del mismo a su medio familiar de origen, con excepción de aquellos supuestos en que la guarda se derive tanto de la propia declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela por ministerio de la ley sobre el mismo, como por disposición de la Autoridad judicial, en cuyo caso habrá que estar al contenido que por ésta se establezca.

2. En el supuesto señalado en el Artículo 40.b), deberá recabarse la opinión del menor que tuviere doce años cumplidos o que, aun teniendo edad inferior, dispusiese del suficiente juicio, sin perjuicio de que reglamentariamente se desarrolle el procedimiento administrativo a seguir.

3. La Administración del Principado de Asturias podrá ejercer la guarda de un menor por el director del centro en que aquél fuese alojado, o a través de la persona o personas que lo reciban en acogimiento.

4. En tales supuestos, la Administración del Principado de Asturias vigilará el ejercicio de la guarda, y solicitará cuanta información del menor resulte precisa en orden a un adecuado seguimiento de la medida adoptada.

5. Cuando la guarda se hubiese asumido por la Administración del Principado de Asturias a solicitud de los padres, tutores o guardadores del menor, cesará a petición de los susodichos padres, tutores o

- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, en sus arts. 27 a 30⁵⁷⁵.
- la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de Madrid, en sus arts. 61 a 64⁵⁷⁶.

guardadores, sin perjuicio de las causas recogidas en el Artículo 22 de la presente Ley”.

Art. 42. *“Control por el Ministerio Fiscal. Sin perjuicio de los deberes de la Administración del Principado de Asturias señalados en el artículo anterior, incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la medida de guarda, en los términos establecidos en el artículo 174 del Código Civil”.*

⁵⁷⁵ Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia:

Art. 27. *“Guarda voluntaria. 1. Cuando quienes tengan potestad sobre el menor soliciten su atención por parte de la Administración Regional, justificando no poder atenderlo por razones de enfermedad u otras circunstancias graves, el órgano competente asumirá la guarda durante el tiempo necesario.*

2. La entrega del niño en 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 niño, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

3. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a los padres o tutores y al Ministerio Fiscal”.

Art. 28. *“Ejercicio de la guarda. La entidad pública en el ejercicio de la tutela o de la guarda, asumida conforme al artículo anterior, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda y en interés del niño, podrá transitoriamente confiar la guarda de los menores al director de la casa o establecimiento en que el menor sea internado, o a la persona o personas que lo reciban en acogimiento”.*

Art. 29. *“De la acogida residencial del niño. 1. La Administración Regional dispondrá la acogida residencial del niño cuando el resto de las medidas de protección resulten imposibles, inadecuadas o insuficientes.*

2. En los centros destinados a este fin se garantizará al menor el completo desarrollo de su personalidad. Para ello se evitará la masificación, fijándose por el organismo competente el número máximo de internos en cada centro.

3. Dichos centros se relacionarán con su entorno, procurando la utilización por los menores de los equipamientos y servicios públicos.

4. El ingreso de un niño en un centro propio o colaborador se comunicará inmediatamente, con expresión de las circunstancias que lo motiven, a los titulares de la patria potestad, tutela o guarda y al Ministerio Fiscal.

5. La acogida residencial de los menores sometidos a protección con graves deficiencias físicas o psíquicas, tendrá lugar en centros específicos de la Comunidad Autónoma o concertados con ésta. La Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuidará del respeto a los derechos de los niños en dichos centros y del adecuado nivel de sus prestaciones asistenciales.

6. El ingreso de un menor en un centro de acogida deberá realizarse, preferentemente, en el medio más próximo a su entorno familiar y social; procurando que su relación con el exterior no sufra alteraciones, facilitando al máximo las actividades fuera del centro y las visitas familiares, excepto cuando medie resolución judicial en sentido contrario”.

Art. 30. *“Extinción. 1. La situación de guarda se extingue por la desaparición de las causas que la motivaron o por la constitución de la tutela.*

2. Al finalizar la guarda, el guardador rendirá cuentas al juez de su gestión, la cual se limitará a la guarda de la persona y la conservación de los bienes”.

⁵⁷⁶ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia:

Art. 61. *“Guarda de menores. Quienes tengan potestad sobre un menor y justifiquen no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, podrán solicitar de la entidad pública competente que asuma la guarda de éste, sólo durante el tiempo necesario, de conformidad con lo previsto en el artículo 172.2 del Código Civil”.*

Art. 62. *“Procedimiento ordinario y de urgencia. 1. Presentada la solicitud por escrito en el que además*

- la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, en sus arts. 56 a 59⁵⁷⁷.

se señale expresamente el tiempo para el que se pide se iniciará el expediente que respetará rigurosamente los siguientes principios:

Deberá ser oído el menor que hubiere cumplido doce años; asimismo, será oído el menor que no hubiere cumplido doce años si tuviere suficiente juicio o pudiera realizarse con la ayuda de psicólogos y pedagogos cualificados para su interpretación y lectura.

Deberán acreditarse las circunstancias graves y transitorias que impiden atender al menor.

Podrán solicitarse cuantos informes se estimen adecuados al caso.

2. Se arbitrará un procedimiento de urgencia para los casos en que las circunstancias concurrentes así lo exijan y convenga asumir la guarda de inmediato.

3. Finalizado el expediente y asumida la guarda por el órgano competente se formalizará esta por escrito”.

Art. 63. “Atención de los menores guardados. 1. Durante el tiempo en que una Administración Pública de la Comunidad de Madrid ostente la guarda de un menor la entidad pública competente, acordará su atención por medio de alguna de las siguientes modalidades:

Atenderle en un centro residencial.

Formalizar administrativamente un acogimiento.

2. Acordada judicialmente la guarda de un menor se adoptarán de inmediato cuantas medidas sean necesarias para su adecuada atención”.

Art. 64. “Contribución a la guarda voluntaria. Las familias de los menores en situación de guarda voluntaria por una Administración Pública de la Comunidad de Madrid, deberán contribuir al sostenimiento de las cargas económicas que se deriven de su cuidado y atención, en la forma que se determine reglamentariamente atendiendo a su capacidad económica”.

⁵⁷⁷ Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores:

Art. 56. “Asunción de la guarda. El órgano competente asumirá la guarda de los menores en los supuestos y con el alcance establecidos en el Código Civil”.

Art. 57. “Guarda voluntaria. 1. El órgano competente de la Administración Autonómica podrá asumir la guarda de un menor, a petición de los padres o tutores, cuando justifiquen no poder cuidar al menor por circunstancias graves.

2. Dicha guarda tendrá carácter temporal, atendiendo, en todo momento, a la reintegración del menor en su familia de origen.

3. Podrá exigirse a los padres o tutores de los menores cuya guarda sea asumida que contribuyan, de acuerdo con su capacidad económica, al sostenimiento de las cargas que se deriven de su cuidado y atención, en la forma y condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

Art. 58. “Extinción de la guarda voluntaria. 1. La guarda cesará, a petición de los padres o tutores, una vez se compruebe por el órgano competente la desaparición de las causas que motivaron su asunción.

2. Asimismo cesará por la constitución de la tutela por ministerio de la ley cuando se verifique que no han desaparecido las circunstancias que la justificaron y que las mismas están recogidas como alguno de los supuestos en que se considera al menor en situación de desamparo”.

Art. 59. “Procedimiento para la guarda voluntaria. 1. El procedimiento para la asunción de la guarda habrá de ordenarse a la comprobación de las causas graves impositivas del cuidado temporal del menor alegadas por los padres o tutores, y en el mismo habrá de ser oído el menor que hubiere cumplido 12 años o tuviese suficiente juicio.

2. En los supuestos en que las circunstancias concurrentes lo exijan, el órgano municipal competente, a petición de los padres o tutores, acordará asumir la guarda con carácter provisional, adoptando las medidas cautelares que resulten necesarias, hasta la resolución del procedimiento por el órgano autonómico competente.

3. Asumida la guarda del menor, su entrega deberá formalizarse por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de aquél, así como de la forma de ejercicio de aquélla.

- la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, en sus arts. 64 a 69⁵⁷⁸.

4. *Cualquier variación de la forma de ejercicio será motivada y notificada a los padres o tutores y comunicada al Ministerio Fiscal*”.

⁵⁷⁸ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia:

Art. 64. “*De la guarda. 1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, asumirá la guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, por acuerdo judicial o en función de la tutela por ministerio de la ley, en los supuestos y con el alcance establecidos en la legislación civil aplicable.*

2. *La guarda asumida por la Administración de la Comunidad Autónoma se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.*

3. *Reglamentariamente se regulará el procedimiento para la constitución, ejercicio y cese de la guarda de los menores.*

4. *La información de carácter personal de que disponga la Administración de la Comunidad Autónoma o las entidades colaboradoras respecto de los menores que tenga o haya tenido tutelados o en situación de guarda tendrá carácter reservado y no podrá ser facilitada por ningún concepto salvo en interés superior del propio menor*”.

Art. 65. “*Guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan. 1. La guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar tendrá carácter temporal y tenderá en todo momento a la reintegración del menor en su familia de origen.*

2. *Se formalizará por escrito el acuerdo con la familia, en el que constará expresamente la duración de la misma y las medidas y condiciones previstas para el retorno del menor a su familia.*

3. *Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, en la medida de sus posibilidades, están obligados a colaborar con la entidad pública tanto en su educación como en el sostenimiento de las cargas económicas*”.

Art. 66. “*Acogimiento residencial en centro de protección de menores. 1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, acordará el acogimiento residencial cuando el resto de los instrumentos de protección resulten imposibles, inadecuados o insuficientes.*

2. *Asimismo, procurará que el menor permanezca internado durante el tiempo más breve posible. A tal fin, cuando se acuerde el acogimiento residencial, se programarán los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o, en interés del menor y según los objetivos de protección, para la adopción de otras medidas.*

3. *Los menores en acogimiento residencial deberán respetar las normas del centro, así como colaborar con los profesionales en las actuaciones que se decidan en su beneficio.*

4. *La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y períodos vacacionales.*

5. *Todos los centros de protección de menores deberán estar autorizados por la Administración de la Comunidad Autónoma. Reglamentariamente se determinarán las clases de centros, los derechos y deberes de los menores, el procedimiento de ingreso y de baja, así como su autorización, organización y funcionamiento.*

6. *El órgano competente inspeccionará y supervisará, al menos semestralmente, el funcionamiento de los centros y el desarrollo y cumplimiento de los programas de protección y los derechos de los menores y emitirá informe valorativo. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores. La inspección, supervisión y vigilancia comprenderá también la adecuación de los recursos materiales y personales a los fines previstos en cada centro.*

7. *Cada menor residente deberá contar con un proyecto socioeducativo que persiga su pleno desarrollo físico, psicológico y social. Deberá potenciarse la preparación escolar y ocupacional al objeto de facilitar en lo posible su inserción laboral. Asimismo, se potenciará el conocimiento de los derechos y deberes fundamentales y de los valores de convivencia democrática recogidos en la Constitución.*

- la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, en sus arts. 84 a 88⁵⁷⁹.

8. Al menos durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, la Administración de la Comunidad Autónoma efectuará un seguimiento de aquellos al objeto de comprobar que su integración sociolaboral sea correcta, aplicando las ayudas técnicas o económicas necesarias. Para ello, se podrá recabar la colaboración de los servicios sociales comunitarios gestionados por entidades locales, así como de cualesquiera otros organismos e instituciones”.

Art. 67. “Características de los centros de protección de menores. 1. Son centros de protección de menores los destinados al desarrollo integral de la personalidad de los mismos, acogiendo, cuidando y educando a los que por motivos de protección deban ser separados temporal o definitivamente de su núcleo familiar o entorno social.

2. Para garantizar a los menores el completo desarrollo de su personalidad, dichos centros tendrán las siguientes características:

a) Su dimensión y número de plazas serán los precisos para que puedan fomentar las relaciones personales y la madurez afectiva. A tal objeto, se procurará que sean centros de dimensiones y número de plazas reducidas. Reglamentariamente se establecerá el número máximo de plazas de cada centro.

b) Serán centros residenciales integrados en la comunidad y abiertos a su entorno social, de acuerdo con las necesidades de los menores y los objetivos de protección.

c) Serán centros que asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores y tendrán carácter eminentemente educativo, adaptando el proyecto educativo a las características personales de cada menor.

d) Estarán abiertos a la relación y colaboración familiar, siempre que la reinserción familiar sea en interés del menor.

e) En general, y especialmente durante la infancia, se favorecerá la convivencia normal de menores de ambos sexos y de diferentes edades”.

Art. 68. “Centro de observación y acogida. 1. Es el centro de protección destinado a la acogida y observación del menor, mientras se realiza el estudio de su situación y de las medidas más adecuadas para su protección. La estancia de un menor en un centro de observación y acogida no será superior a dos meses.

2. En ningún caso podrán actuar como centros de observación y acogida los centros concertados ni los centros de las instituciones colaboradoras de integración familiar.

3. Se respetará el derecho a la educación de los menores residentes en los centros de observación y acogida, permitiendo la continuidad de su formación en el centro educativo al que asistieran hasta el momento de ser internados o en otros similares. En los casos en que las circunstancias del menor aconsejaran la no asistencia a un centro educativo, se establecerá la coordinación necesaria con el centro educativo de procedencia, de forma que el menor pueda mantener el proceso educativo en igualdad de condiciones con sus compañeros de curso”.

Art. 69. “Los acogimientos residenciales especiales. 1. El acogimiento residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas que estén sujetos a protección se realizará en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial en su caso.

2. El acogimiento residencial de los menores sujetos a protección en los que se detecte consumo de drogas tendrá lugar en centros adaptados a sus necesidades cuando su tratamiento en centros ambulatorios de intervención con adolescentes no sea suficiente.

3. La entidad pública cuidará del respeto a los derechos de los menores en dichos centros y les garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

4. Las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estos menores que sean necesarias para su adecuada atención se realizarán con arreglo a la legislación vigente y con la debida autorización judicial”.

⁵⁷⁹ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia:

Art. 84. “Contenido. La asunción de la guarda conllevará las obligaciones previstas en el Código Civil”.

Art. 85. “Ejercicio de la guarda como modalidad de protección. La Comunidad de Castilla y León adoptará como medida de protección el ejercicio de la guarda de un menor en los supuestos siguientes:

-
- a) Cuando asuma la tutela del mismo por ministerio de la ley.
b) Cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores así se lo soliciten, justificando no poder atenderle por circunstancias graves, una vez se compruebe dicha imposibilidad.
c) Cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”.

Art. 86. “Ejercicio, duración y objetivos. 1.- La guarda de un menor regulada en esta Sección se llevará a cabo en los términos y mediante las figuras previstas en la legislación vigente.

2.- El ejercicio de la guarda conllevará una intervención individualizada sobre cada menor que se llevará a cabo en colaboración activa con el personal técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma y en el marco del correspondiente Plan de Caso.

3.- La actuación de la guarda estará orientada en primer término a facilitar al menor el adecuado tratamiento de las consecuencias de la desprotección y la mitigación de los efectos de la separación, y comprenderá asimismo la atención de sus necesidades físicas, educativas, psicológicas y sociales, procurando el desarrollo de sus facultades, autonomía y capacidad de integración social.

4.- El ejercicio de la guarda de un menor durará el tiempo imprescindible mientras perduren las circunstancias que dieron lugar a su asunción.

5.- Durante ese tiempo y si conviene a su interés, se procurará que las relaciones familiares y sociales del menor sufran las menores alteraciones, manteniéndole lo más cerca posible de su entorno y atendiendo en todo momento a su reintegración en la propia familia de origen, comunicando de inmediato al Ministerio Fiscal, y al Juez para su aprobación, cualquier limitación de tales relaciones que, en función del Plan de Caso, pudiera acordarse.

6.- En los casos en los que en el Plan de Caso se prevea el retorno del menor con su familia, se trabajará desde los primeros momentos con ese objetivo, proporcionando a ésta los apoyos necesarios mediante las medidas y actuaciones previstas en el artículo 78.

7.- Podrán acordarse limitaciones al menor respecto de aquellas situaciones, actividades o conductas que puedan ser perjudiciales para él mismo o para otros, ponderándolas siempre, de manera razonable y moderada, con medidas de naturaleza pedagógica y evitando que supongan menoscabo de la atención a sus necesidades y derechos básicos o amenaza para su integridad física o psíquica.

8.- Se establecerán los cauces para que las personas que ejerzan materialmente la guarda colaboren estrechamente con los órganos a los que corresponde decidir sobre la medida y determinar la intervención a realizar, garantizándose la consideración y valoración de sus opiniones.

9.- Cualquier variación de la forma de ejercicio de la guarda, incluido el traslado de centro, será acordada motivadamente, previa audiencia del menor, así como de la familia en su caso, y notificada a los padres o tutores, y comunicada al Ministerio Fiscal y a la Autoridad judicial cuando la hubiera acordado.

10.- Sin perjuicio de las competencias de superior vigilancia que incumben al Ministerio Fiscal, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León el seguimiento y vigilancia de la medida de guarda adoptada, para lo que se recabará periódicamente cuanta información resulte precisa.

11.- La Administración de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la superior vigilancia que corresponde al Ministerio Fiscal, llevará a cabo un seguimiento de cada acogimiento en el que se evaluará y documentará la situación y evolución del menor y de su familia biológica, así como el funcionamiento de la medida.

12.- Finalizado el acogimiento, podrá valorarse sobre la conveniencia y oportunidad de prolongar los apoyos previstos en el apartado 6 de este artículo o de iniciar nuevas medidas o actuaciones concretas que faciliten o refuercen el proceso de integración del menor”.

Art. 87. “De la guarda voluntaria. 1.- Ante la presentación de solicitud formal por las personas que ejerzan la responsabilidad parental para que la Entidad Pública asuma la guarda del menor y de acuerdo con lo previsto en el artículo 63, se ordenará por ésta la comprobación y evaluación de las causas alegadas, que habrán de ser graves, impeditivas del cuidado del menor, de imposible atención por otros medios y transitorias, deviniendo la situación en desamparo si se constatará su persistencia o permanencia.

2.- El ejercicio de la guarda en estos casos podrá ser asumido por las Entidades Locales en los términos establecidos en el artículo 125.2,a) de la presente Ley.

3.- Aceptada la guarda del menor, su entrega deberá formalizarse por escrito, recogiendo las

- la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, en sus arts. 64 a 68⁵⁸⁰.

condiciones generales en las que se establece y la forma de su ejercicio, así como las responsabilidades, genéricas y específicas, que siguen manteniendo respecto de aquél sus padres o tutores, dejando constancia de que éstos consienten la medida y han sido informados de los anteriores extremos.

4.- Los padres o tutores conservarán en todo caso los derechos de representación, administración de bienes y visitas sobre el menor.

5.- Se procurará que los padres se impliquen en la atención a sus hijos y, a tal efecto, aquellos que dispongan de medios deberán contribuir al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado, satisfaciendo a la Administración las cantidades económicas que, en función de sus posibilidades, ésta determine o asumiéndolas directamente.

6.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de esta Ley, la guarda cesará a petición de las mismas personas que la solicitaron, una vez se compruebe la desaparición de las causas que motivaron su asunción”.

Art. 88. “De la guarda consecvente a la asunción de la tutela por ministerio de la ley o acordada por el Juez. La Administración de la Comunidad Autónoma velará por que la guarda que se derive de la declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela sobre el mismo por ministerio de la ley, así como la guarda acordada por el Juez en los casos en que legalmente proceda tengan el contenido, condiciones y efectos que establezcan, respectivamente, aquella declaración o la resolución judicial”.

Art. 89. “Cese de la guarda. La guarda de un menor cesará cuando cese la acción protectora, así como en los siguientes casos:

a) Por las causas a que hace referencia el artículo 173.4 del Código Civil.

b) Por vencimiento del término o plazo inicialmente fijado, o de la prórroga acordada, en su caso.

c) Cuando se entienda que la medida ha alcanzado los objetivos previstos, que ha devenido inapropiada o que puede ser sustituida por otra de aplicación preferente”.

⁵⁸⁰ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia:

Art. 64. “Guarda. 1. La guarda de un niño, niña o adolescente supone para quien la ejerce la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una atención y formación integral.

2. Además de la guarda de los niños, niñas y adolescentes tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Administración pública competente en materia de protección de personas menores de edad podrá asumir temporalmente la guarda de los niños, niñas y adolescentes cuando sus padres y madres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar de ellos. Así mismo, asumirá la guarda cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda.

3. La resolución administrativa que determine la modalidad de la guarda deberá fijar igualmente las condiciones esenciales que la atención al niño, niña o adolescente deba cumplir.

4. Los órganos forales de los territorios históricos elaborarán y mantendrán actualizado un fichero en el que deberá constar la identificación de todos los niños, niñas y adolescentes que sean objeto de una medida de tutela o de guarda. Este fichero tendrá carácter confidencial y el acceso al mismo será restringido”.

Art. 65. “Procedimiento ordinario. 1. Cuando quienes tengan la patria potestad o la tutela sobre un niño, niña o adolescente justifiquen no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves y soliciten a la administración pública competente en materia de protección de la infancia y adolescencia que, de conformidad con el artículo 172.2 del Código Civil, asuma temporalmente la guarda de la persona menor de edad, la entidad pública deberá tramitar un expediente atendiendo a las siguientes pautas de actuación:

a) Solicitar a los padres y madres, tutores o guardadores legales que acrediten las circunstancias graves y temporales que impiden atender al niño, niña o adolescente.

b) Solicitar informes a cuantas personas u organismos puedan facilitar datos relevantes para el conocimiento y la valoración de la situación sociofamiliar, especialmente a los servicios sociales municipales, y, cuando se considere necesario, a su tutor escolar y al médico de familia o al pediatra, o a cualquier otro profesional de la salud o de otros ámbitos de atención social o educativa.

- la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, en sus arts. 58 a 62⁵⁸¹.

c) Informar a los padres y madres, tutores o guardadores de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto al niño, niña o adolescente y de su obligación de participar en los programas que se estimen necesarios para superar los factores que han dado lugar a la guarda.

d) Formalizar la guarda por escrito, dejando constancia de que los padres y madres, tutores, o guardadores han sido informados de los extremos indicados en la letra c) y concretando la forma en que va a ejercerse la guarda por la Administración.

e) Oír al niño, niña o adolescente, directamente o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. Cuando ello no sea posible o no convenga al interés de la persona menor de edad, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los de aquélla, o a través de otras personas que, por su profesión y relación de especial confianza con la persona menor de edad, puedan transmitir su opinión objetivamente.

2. La entidad pública competente deberá formalizar la adopción de esta medida de protección mediante una resolución motivada que aceptará o denegará la solicitud, pudiendo, en este último caso, declarar la situación legal de desamparo si se dan las circunstancias para ello. Esta resolución se notificará al ministerio fiscal y a los padres y madres o tutores”.

Art. 66. “Procedimiento de urgencia. Si la administración pública competente en materia de protección de la infancia y adolescencia estima la urgencia de la asunción de la guarda tras la presentación de la correspondiente solicitud por parte de quienes tengan la patria potestad o la tutela del niño, niña o adolescente, procederá a llevar a cabo el acogimiento, previo cumplimiento del trámite señalado en la letra e) del artículo anterior, tras lo cual continuará el procedimiento ordinario establecido en dicho artículo”.

Art. 67. “Ejercicio de la guarda. 1. Cuando la administración pública competente en materia de protección de la infancia y adolescencia asuma la guarda temporal de personas menores de edad, acordará, en virtud del artículo 172.3 del Código Civil, con el fin de garantizar la cobertura de las necesidades de la persona menor de edad, alguna de las siguientes medidas:

a) Acogimiento en un centro residencial.

b) Acogimiento familiar.

2. Cualquier variación posterior en la forma de ejercicio de la guarda será adoptada mediante resolución administrativa motivada y notificada a los padres y madres o tutores y al Ministerio fiscal”.

Art. 68. “Cese de la guarda. La guarda podrá cesar por alguna de las siguientes causas:

a) A petición escrita de los padres y madres o tutores.

b) A petición de las personas a quienes se haya otorgado el ejercicio de la guarda.

c) Por resolución administrativa de la entidad pública competente, cuando así lo considere en interés de la persona menor de edad.

d) Por resolución judicial firme.

e) Por alcanzar la mayoría de edad o por producirse la emancipación de la persona menor de edad.

f) Por fallecimiento de la persona menor de edad”.

⁵⁸¹ Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia:

Art. 58. “Concepto, competencia y contenido. 1. A los efectos de la presente Ley Foral, se entiende por guarda una de las medidas de protección del menor derivadas de su situación de desprotección.

2. La asunción de la guarda corresponde a la Administración de la Comunidad Foral y conllevará el contenido y las obligaciones previstas en la legislación civil.

3. La guarda se ejercerá a través de la figura del acogimiento”.

Art. 59. “Supuestos de ejercicio de la guarda. El órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral adoptará como medida de protección el ejercicio de la guarda de un menor en los supuestos siguientes:

a) Cuando como consecuencia de la declaración de desamparo asuma la tutela del mismo por ministerio de la Ley.

b) Cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, así lo soliciten, justificando no poder atenderle por circunstancias graves, una vez se compruebe dicha imposibilidad.

c) Cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”.

Art. 60. “Ejercicio, duración y objetivos. 1. El ejercicio de la guarda conllevará una intervención individualizada con cada menor, que se llevará a cabo a través de la colaboración activa del órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral con los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, las entidades públicas y privadas, y los acogedores.

2. El ejercicio de la guarda estará orientado en primer término a facilitar al menor el adecuado tratamiento de las consecuencias de la desprotección y la mitigación de los efectos de la separación, y comprenderá asimismo la atención de sus necesidades físicas, educativas, psicológicas y sociales.

3. El ejercicio de la guarda de un menor durará el tiempo imprescindible, mientras perduren las circunstancias que dieron lugar a su asunción.

4. Durante ese tiempo, y si conviene a su interés, se procurará que las relaciones familiares y sociales del menor sufran las menores alteraciones, manteniéndole lo más cerca posible de su entorno y atendiendo en todo momento a su reintegración en la propia familia de origen, comunicando de inmediato al Ministerio Fiscal, y al Juez para su aprobación, cualquier limitación de tales relaciones que, en función del Plan de Caso, pudiera acordarse. En los supuestos en los que en el Plan de Caso se prevea el retorno del menor con su familia, se trabajará desde los primeros momentos con ese objetivo, proporcionando a ésta los apoyos necesarios mediante las actuaciones previstas en el artículo 55.

5. Podrán acordarse limitaciones al menor ante situaciones, actividades o conductas que puedan ser perjudiciales para él mismo o para otros, con medidas de naturaleza pedagógica y evitando que supongan menoscabo de la atención a sus necesidades y derechos básicos o amenaza para su integridad física o psíquica.

6. Cualquier variación en el ejercicio de la guarda, incluido el traslado de centro, será acordada motivadamente, previa audiencia del menor, así como de la familia en su caso, y notificada a los padres o tutores, y comunicada al Ministerio Fiscal y a la Autoridad judicial cuando la hubiera acordado.

7. Sin perjuicio de las competencias de superior vigilancia que incumben al Ministerio Fiscal, corresponde al órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral el seguimiento y vigilancia de la medida de guarda adoptada, para lo que se recabará periódicamente cuanta información resulte precisa.

8. Finalizado el acogimiento mediante el que se ejecuta la guarda, podrá valorarse sobre la conveniencia y oportunidad de prolongar los apoyos previstos en el artículo 55 o iniciar nuevas medidas o actuaciones concretas que faciliten o refuercen el proceso de integración del menor.

9. Se procurará que los padres se impliquen en la atención a sus hijos y, a tal efecto, aquellos que dispongan de medios deberán contribuir al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado, satisfaciendo a la Administración las cantidades económicas que, en función de sus posibilidades, ésta determine o asumiéndolas directamente.

10. La defensa judicial en el orden civil y en el penal de los menores sujetos a la guarda de la Administración de la Comunidad Foral se asumirá por el Servicio de Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra, exceptuados los supuestos de guarda voluntaria regulados en el artículo siguiente, cuya defensa será asumirá por los padres o representantes legales del menor”.

Art. 61. “De la guarda voluntaria. 1. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar al órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral que asuma su guarda durante el tiempo necesario. Éste, tras la comprobación y evaluación de las causas alegadas, que habrán de ser graves, impedir el cuidado del menor, e imposibilitar la atención por otros medios, asumirá su guarda con carácter temporal, declarando la situación en desamparo si se constatará su persistencia o permanencia.

2. Aceptada la guarda del menor, ésta deberá formalizarse por escrito, mediante el procedimiento que se establezca reglamentariamente, recogiendo las condiciones generales en las que se establece y la forma de su ejercicio, así como las responsabilidades que siguen manteniendo sus padres o tutores, dejando constancia de que éstos consienten la medida y han sido informados de los anteriores extremos.

3. En caso de desacuerdo entre padres o tutores y el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral sobre el ejercicio de la guarda, éste podrá instar a la autoridad judicial la adopción de las medidas que se consideren necesarias para salvaguardar el interés del menor.

- la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en sus arts. 62, 65, y 71 a 73⁵⁸².

4. Sin perjuicio de lo establecido con carácter general en el apartado primero de este artículo, se podrá prolongar la guarda, sin que sea necesaria la declaración de desamparo del menor, cuando así se considere de interés para éste, y se acuerde de manera expresa entre padres o tutores y el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral”.

Art. 62. Cese de la guarda. La guarda de un menor cesará cuando cese la acción protectora, así como en los siguientes casos:

- a) Por las causas a las que hace referencia el artículo 173.4 del Código Civil.
- b) Por vencimiento del término o plazo inicialmente fijado, o de la prórroga acordada, en su caso.
- c) Cuando se entienda que la medida ha alcanzado los objetivos previstos, que ha devenido inapropiada o que puede ser sustituida por otra de aplicación preferente.
- d) En el caso de la guarda voluntaria, a petición de las mismas personas que la solicitaron, una vez se compruebe la desaparición de las causas que motivaron su asunción.

No obstante, en el supuesto de que el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral no considere adecuado el cese de la guarda, solicitado por padres o tutores, por entender que existe una situación de desamparo, deberá procederse a su declaración inmediata”.

⁵⁸² Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores:

Art. 62. “Supuestos. La Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja asumirá la guarda de los menores en los casos siguientes:

1.º Como función de la tutela que le corresponde por ministerio de la ley respecto de los menores declarados en situación de desamparo conforme a las prescripciones de esta Ley.

2.º A solicitud de los padres o tutores de un menor cuando, por circunstancias graves debidamente acreditadas, aquéllos no puedan cuidarlo.

3.º Cuando así lo acuerde la Autoridad judicial en alguno de los casos siguientes:

a) En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores.

b) Como medida provisional en un proceso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio.

c) Como medida cautelar en los procesos de impugnación de la filiación.

d) Como determinación adoptada dentro de cualquier proceso civil o penal o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o la tutela.

e) En todos los demás casos en que la ley permita la adopción de tal medida”.

Art. 63. “Ejercicio. 1. La guarda se ejercerá mediante acogimiento familiar o acogimiento residencial. En caso de acogimiento familiar, ejercerán las funciones propias de la guarda la persona o personas que para ello seleccione la Consejería competente. En caso de acogimiento residencial, ejercerá las funciones propias de la guarda el Director del Centro en el que esté acogido el menor.

2. Salvo que otra cosa requiera el interés del menor, el internamiento de los menores en centros residenciales tendrá carácter provisional y será subsidiario del acogimiento familiar.

3. Se favorecerá el mantenimiento y fomento de los vínculos fraternales, cualquiera que sea la medida de protección acordada, procurando la convivencia de los hermanos”.

Art. 64. “Contenido. La guarda de un menor determina para quien la ejerce las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

La responsabilidad por los daños causados o sufridos por los menores sometidos a la guarda de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja corresponde a ésta, y será exigible conforme a lo dispuesto por las leyes para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado”.

Art. 65. “Medidas de apoyo al cesar la guarda. Cuando cese la guarda por la mayoría de edad o la emancipación o habilitación de edad de un menor, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá adoptar medidas de apoyo dirigidas a facilitar su vida independiente e integración sociolaboral”.

Art. 70. “Solicitud. 1. Cuando los padres o el tutor o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja

- la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, en sus arts. 74 y 75⁵⁸³.

que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

2. Cuando el padre y la madre del menor no estuvieren privados de la patria potestad, habrán de presentar su solicitud conjuntamente. Sin embargo, la solicitud de uno de ellos podrá ser suficiente si el otro no pudiere comparecer en el expediente o si, aun haciéndolo y manifestando su oposición, resulte del mismo la imposibilidad de que dicho progenitor pueda proporcionar al menor la necesaria asistencia moral o material.

3. No podrá dar lugar a la asunción de la guarda la concurrencia de circunstancias que puedan solventarse mediante la declaración de la situación de riesgo del menor y la adopción de las oportunas medidas de apoyo a la familia”.

Art. 71. “Resolución y formalización. 1. Presentada la solicitud, la Dirección General competente en materia de protección de menores iniciará el oportuno expediente, en el cual, con audiencia en todo caso del menor si tuviera doce años cumplidos o madurez suficiente, deberá quedar acreditado que concurren las circunstancias graves alegadas por los padres o tutores del menor. La Dirección General formulará propuesta de resolución al titular de la Consejería, a quien corresponderá dictar resolución expresa y motivada aceptando o denegando la solicitud de guarda del menor, si bien el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa al interesado o interesados que hubieran presentado la solicitud, dará lugar a su desestimación por silencio administrativo. En la resolución se determinará la modalidad de acogimiento procedente y el centro o la persona o personas de los acogedores.

2. Si la solicitud hubiera sido resuelta positivamente, la entrega del menor en guarda a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja se formalizará por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Si la resolución hubiera considerado procedente que se ejerza la guarda del menor mediante acogimiento familiar, en el mismo acto se procederá a la formalización del mismo. Si el menor tuviere doce años cumplidos y no consintiere al acogimiento, se acordará de inmediato el acogimiento residencial con carácter provisional.

3. Si el interés del menor lo requiriera, podrá modificarse el tipo de acogimiento constituido o, previo cumplimiento de los trámites procedentes, las personas de los acogedores. Tales modificaciones se acordarán por el titular de la Consejería competente en resolución motivada y previo el oportuno expediente, y se comunicará a los padres o tutores solicitantes de la guarda y al Ministerio Fiscal.

4. Salvo lo estrictamente requerido por el funcionamiento de los centros u hogares de acogida, en el caso de la guarda a solicitud de los padres o del tutor no pueden restringirse las visitas ni las relaciones personales del menor con sus padres o su tutor, como tampoco con otros parientes o allegados”.

Art. 72. “Abono de los gastos que origine la guarda. 1. Si los padres o tutores tuvieran recursos económicos suficientes, en la resolución en la que se acuerde la asunción de la guarda del menor se establecerá la cantidad que deben abonar por los gastos de cuidado y manutención del menor asumidos a su solicitud por la Administración.

2. En tal caso, la Administración, previamente a la entrega del menor en guarda, podrá exigir a los padres o tutores del menor la prestación de garantía real o personal suficiente para atender a la obligación de pago”.

Art. 73. “Cese de la guarda. 1. La guarda asumida por la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja a solicitud de los padres o tutores del menor cesará, además de por la mayoría de edad, emancipación o habilitación de edad del menor, a petición de los propios solicitantes.

2. Cesará igualmente en virtud de resolución del titular de la Consejería competente, cuando hubieren desaparecido los hechos o circunstancias que motivaron la asunción de la guarda y se constate la voluntad de los padres o el tutor de hacerse cargo del menor.

3. Si, dictada que fuere la resolución a que se refiere el número anterior, el padre, la madre o el tutor no se hicieren cargo del menor, se iniciará el oportuno expediente para declarar al menor en situación de desamparo, en su caso por el procedimiento de urgencia que se regula en el artículo 53 de esta Ley”.

⁵⁸³ Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la

- la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, en sus arts. 105 a 108⁵⁸⁴.

adolescencia:

Art. 74. “Guarda voluntaria de personas menores de edad. 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 172.2 del Código Civil, cuando lo acuerde el juez o la jueza en los casos que legalmente proceda o cuando quienes ejercen la patria potestad o la tutela prevean el futuro desamparo de una persona menor de edad, por no poder atenderlo temporalmente por causas involuntarias o de fuerza mayor, deben poner en conocimiento del órgano público competente tal circunstancia a fin de que la administración competente en materia de protección de personas menores de edad adopte de inmediato cuantas medidas sean necesarias para su adecuada atención.

2. En tales supuestos, el órgano competente, una vez constatado el riesgo de desamparo futuro de la persona menor de edad, podrá asumir su guarda durante el tiempo necesario, sin necesidad de incoar expediente alguno de desamparo.

3. Durante el tiempo en que la administración pública competente en protección de personas menores de edad ejerza la guarda de una persona menor de edad, acordará su atención por medio de alguna de las siguientes modalidades:

a) Atenderla en un centro de acogimiento residencial.

b) Promover un acogimiento familiar.

4. La situación de guarda temporal voluntaria cesa en cuanto quienes la solicitaron manifiesten su voluntad de recuperarla, una vez se compruebe la desaparición de las causas que motivaron su asunción. Si la situación que motiva la guarda temporal no se ha resuelto, la administración competente iniciará procedimiento de desamparo, recogido en los artículos 64 y siguientes de esta ley, para mantener la guarda de la persona menor de edad.

5. Si desaparecidas las circunstancias objetivas que justificaron la resolución de guarda por el órgano competente, los padres o las madres no solicitaran la recuperación de la guarda, podrá iniciarse el procedimiento de desamparo recogido en los artículos 64 y siguientes de la presente ley”.

Art. 75. “Contribución a la guarda voluntaria. Los padres o las madres o la persona que ejerce la tutela de la persona menor de edad en situación de guarda voluntaria por la administración competente en materia de protección de personas menores de edad, prestarán la colaboración solicitada por los equipos técnicos en la aplicación de las medidas adecuadas y colaborarán en todo o en parte al sostenimiento de las cargas económicas que se deriven de su cuidado y atención, en la forma que se determine reglamentariamente, atendiendo a su capacidad económica”.

⁵⁸⁴ Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia:

Art. 105. “Asunción de la guarda. 1. La Generalitat asumirá temporalmente la guarda de un menor como medida de protección:

a) Cuando se declare la situación de desamparo del menor y se asuma la tutela por ministerio de la Ley.

b) Cuando los titulares de la patria potestad o tutores así lo soliciten a la Generalitat por no poder atender al menor por circunstancias graves debidamente acreditadas.

c) Cuando sea acordada judicialmente.

2. La asunción de la guarda y cualquier variación en la forma de ejercicio de la guarda deberá ser acordada en virtud de resolución adoptada por la persona titular de los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores, a propuesta de la Comisión Técnica competente”.

Art. 106. “Guarda voluntaria. 1. Los padres o tutores, cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar formalmente a la Generalitat que asuma la guarda durante el tiempo necesario.

2. Los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores, tras el oportuno procedimiento, recabados los informes necesarios para el completo conocimiento de las circunstancias del menor y de las posibilidades de atención en su propia familia, oídos los padres o tutores o los responsables de la guarda del menor y el menor cuando sea mayor de 12 años, podrá acordar, en resolución motivada, la asunción de la guarda, fijando la forma del ejercicio de la misma y su duración, o bien podrá denegar la petición cuando no existan razones suficientes que

- la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, en su art. 119⁵⁸⁵.
- la Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, en su art. 69⁵⁸⁶.
- y la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, en sus arts. 64 a 67⁵⁸⁷.

justifiquen su estimación.

3. *El cese de la guarda voluntaria se acordará en resolución administrativa de la persona titular de los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores, 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 motivaron. Asimismo, cesará la guarda voluntaria cuando se asuma la tutela por ministerio de la Ley, al concurrir causa de desamparo del menor”.*

Art. 107. *“Guarda por acuerdo judicial. Los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores procederán, en los supuestos en que se acuerde judicialmente la guarda de un menor, a ingresar al mismo en un centro de recepción, sin perjuicio de las acciones simultáneas de estudio e incoación del procedimiento para la adopción de la medida de protección más idónea. A estos efectos, la persona titular de los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores podrá delegar la firma de la resolución administrativa de asunción de la guarda judicial e ingreso en centro”.*

Art. 108. *“Ejercicio de la guarda por la Generalitat. 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. El acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor”.*

⁵⁸⁵ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia:

Art. 119. *“Guarda protectora. 1. Los progenitores o las personas titulares de la tutela, si concurren circunstancias graves y ajenas a su voluntad que les impiden cumplir temporalmente las funciones de guarda, pueden solicitar al departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes que asuma la guarda del niño o el adolescente mientras se mantenga aquella situación. Esta guarda se realiza mediante el acogimiento en un centro o por parte de una persona o una familia.*

2. *La guarda protectora no afecta a la obligación de los progenitores o de otros parientes de hacer todo lo necesario para asistir a los niños o a los adolescentes ni la obligación de prestarles alimentos en el sentido más amplio.*

3. *La resolución administrativa de guarda debe determinar la obligación de los progenitores u otros parientes de contribuir al sostenimiento del niño o el adolescente en los términos que se establezcan reglamentariamente”.*

⁵⁸⁶ Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia:

Art. 69. *“Guarda. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria asumirá la guarda de una persona menor como medida de protección en los casos siguientes:*

a) *Cuando asuma la tutela por ministerio de la ley.*

b) *Cuando quienes ejerzan la patria potestad o la tutela así lo soliciten a la entidad pública justificando no poder atenderlo por circunstancias graves.*

c) *Cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”.*

⁵⁸⁷ Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia:

Art. 64. *“Concepto y contenido. 1. La guarda, como medida de protección de la y el menor, supone para quien la ejerce la obligación de velar por la persona menor de edad, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una atención y formación integral.*

2. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia la guarda de las personas menores en los*

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, en sus arts. 64 a 66, y art. 69⁵⁸⁸.

supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia”.

Art. 65. “Ejercicio. 1. La guarda se ejercerá a través de la figura del acogimiento familiar o residencial. 2. El ejercicio de la guarda supondrá una intervención individualizada con cada menor, la cual se llevará a cabo a través de la colaboración activa del órgano competente de la Comunidad Autónoma de Galicia con las personas titulares de la patria potestad, las que ejerzan la guarda y las entidades públicas y privadas.

3. La guarda de la o el menor durará el tiempo imprescindible en cuanto perduren las circunstancias que han dado lugar a su asunción.

4. Durante ese tiempo, y si conviene a su interés, se procurará que las relaciones familiares y sociales del niño, niña o adolescente sufran las menores alteraciones, manteniéndolo o manteniéndola lo más cerca posible de su entorno y atendiendo en todo momento a su reintegración en la propia familia de origen. En los supuestos en que se prevea el retorno de la o el menor con su familia, se trabajará desde los primeros momentos con ese objetivo, proporcionando a esta los apoyos necesarios mediante las actuaciones contempladas en el artículo 60 de la presente ley. Los padres, madres, tutores y tutoras tendrán derecho a visitar a la menor o al menor salvo que le resulte perjudicial.

5. Podrán acordarse limitaciones a los derechos de las personas menores de edad respecto a aquellas situaciones, actividades o conductas que puedan ser perjudiciales para ellas mismas u otras personas, con medidas de naturaleza pedagógica y evitando que supongan menoscabo de la atención a sus necesidades y derechos básicos o amenaza para su integridad física o intelectual.

6. Cualquier variación en el ejercicio de la guarda, incluido el traslado de centro, será acordada de forma motivada previa audiencia de la o el menor, así como de la familia, en su caso, y notificada a los padres, madres, tutores o tutoras; asimismo será comunicada al Ministerio Fiscal así como a la autoridad judicial cuando la hubiera acordado.

7. Sin perjuicio de las competencias de superior vigilancia que incumben al Ministerio Fiscal, corresponde al órgano competente de la Xunta de Galicia el seguimiento y vigilancia de la medida de guarda adoptada, para lo que se procurará periódicamente cuanta información resulte precisa”.

Art. 66. “De la guarda rogada. 1. Los padres, madres, tutores o tutoras podrán solicitar la guarda administrativa de las personas menores de edad que tengan a su cargo, en los casos y la forma contemplada en el artículo 12 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

2. Cuando se acuerde la guarda, se procurará que las personas a que se refiere el apartado anterior se impliquen en la atención a las o los menores, y a tal efecto aquellos que dispongan de medios habrán de contribuir al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado, satisfaciendo a la administración el precio público que, en función de sus posibilidades, esta determine, o asumiéndolas directamente”.

Art. 67. “Cesación. La guarda de la o el menor cesa en los casos siguientes:

a) Cuando la guarda se ejercite como función inherente a la tutela administrativa, por las mismas causas de cesación de esta, previstas en el artículo 62 de la presente ley.

b) En caso de guarda rogada, por las causas recogidas en el artículo 13 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

c) Por resolución judicial en caso de que la guarda haya sido dispuesta por el juez o jueza.

d) Por el acceso a la mayoría de edad o emancipación de la o el menor”.

⁵⁸⁸ Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia:

Art. 64. “Supuestos. La Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores asumirá mediante acuerdo el ejercicio de la guarda de un menor cuando se diera alguno de los supuestos previstos en la legislación civil del Estado”.

Art. 65. “Guarda asumida a solicitud de los padres, tutores o guardadores. 1. El procedimiento se iniciará mediante solicitud escrita de los padres, tutores, o guardadores, dirigida al presidente de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores, expresando el motivo que imposibilite el cuidado del menor y el tiempo estimado de su duración.

2. Recibida la solicitud, el presidente de la Comisión nombrará un instructor entre los técnicos adscritos a la sección competente en materia de menores. La instrucción del expediente tendrá por finalidad

La Comunidad Autónoma de Andalucía, como ya hemos tenido ocasión de señalar en varias ocasiones, cuenta con la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor.

Por lo que a la guarda se refiere, la ley andaluza, en su art. 24, establece que la Administración de la Junta de Andalucía asumirá y ejercerá solamente la guarda cuando

comprobar que las circunstancias que imposibilitan a los padres o tutores el cuidado del menor son graves y coyunturales, que no existen otros medios alternativos para su atención y, fundamentalmente, que las mismas no constituyen una situación de desamparo.

3. El instructor dará obligatoriamente audiencia en comparecencia personal a los padres o tutores del menor y a éste cuando tenga doce años cumplidos o juicio suficiente a criterio del instructor. De la comparecencia se levantará un acta con las manifestaciones de los interesados para su incorporación al expediente.

4. Concluida la instrucción, el instructor elevará a la Comisión propuesta de resolución en la que se indique la asunción de la guarda, la desestimación de la solicitud o la adopción de otra medida de protección más adecuada. Cuando se proponga la asunción de la guarda, el instructor valorará además la modalidad de ejercicio en acogimiento familiar o residencial, y su periodo de duración.

5. La guarda asumida a solicitud de los padres, tutores o guardadores del menor tendrá una duración determinada con posibilidad de prórroga.

6. El acuerdo de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores pone fin al procedimiento y será ejecutable desde la fecha en que se dicte. Dicho acuerdo se notificará a los solicitantes con las formalidades establecidas en el artículo 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para la comunicación de los actos administrativos. Cuando la Comisión estime la solicitud, el acuerdo de guarda se notificará al Ministerio Fiscal.

7. El acuerdo por el que se estime o se deniegue la asunción de la guarda podrá ser impugnado por los interesados en los plazos establecidos en la legislación civil aplicable”.

Art. 66. “Ejercicio. 1. Cuando derive de la tutela asumida por desamparo o de la estimación de la solicitud de guarda voluntaria de los padres, tutores o guardadores, la guarda se ejercerá conforme a lo establecido por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores.

2. Las guardas asumidas por resolución judicial, sin perjuicio de lo que en ellas expresamente se disponga, se ejercerán en acogimiento familiar o residencial en función de las circunstancias personales, sociales y familiares del menor valoradas por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores, previa propuesta no vinculante de la sección competente en materia de menores. El acuerdo concretará los familiares, personas o centro más adecuados para la delegación del ejercicio de la guarda en función de su modalidad, así como cualquier otra medida complementaria que redunde en beneficio del menor. Todos los acuerdos que la Comisión dictara en relación al ejercicio de este tipo de guarda, se comunicarán a la autoridad judicial que hubiera adoptado tal decisión.

3. En el acuerdo la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores se determinará, en su caso, la obligación de los padres o tutores a asumir los gastos económicos derivados de la manutención del menor en función de los precios públicos que se establezcan”.

Art. 69. “Asunción de la guarda del menor con conducta inadaptada.

1. Sólo cuando la permanencia del menor en su propio entorno no fuere posible se procederá a la separación, proponiendo a los padres, tutores o guardadores que soliciten la cesión de la guarda a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores para su asunción conforme a lo establecido en artículos precedentes.

2. En el caso en que la Comisión decida ejercer la guarda en la modalidad de acogimiento residencial, se procurará su ingreso en un centro que ofrezca un entorno de convivencia más adecuado a las necesidades del menor que el resto de centros de protección.

3. En el acuerdo de guarda, la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores determinará, en su caso, la obligación de los padres o tutores de asumir los gastos económicos derivados de la manutención del menor y, además, los que se deriven de su atención sanitaria y terapéutica”.

quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, en cuyo caso, se formará un expediente conforme a lo dispuesto en el art. 172.2 C.c. Quienes, teniendo la patria potestad o tutela del menor, solicitaran la guarda administrativa, recibirán información completa de todo el proceso, derechos y obligaciones para evitar situaciones de desinformación.

En cuanto a la resolución que recaiga, en ésta se aceptará o denegará la solicitud, pudiendo, en este último caso, incluso, constatarse la situación legal del desamparo si es que se dan las circunstancias para ello.

La Ley contempla que el procedimiento y requisitos para la solicitud de la guarda administrativa se determinará reglamentariamente, en base a lo cual se promulga el también citado Decreto 42/2002, de 12 de febrero.

El art. 25 de la Ley 1/1998 establece que se constituirá un Registro de Tutela y Guardas, único para toda Andalucía, el cual tendrá su sede en la Consejería competente en materia de protección de menores, existiendo una oficina de este Registro en cada una de las Delegaciones Provinciales de esta Consejería para facilitar la inscripción de todos los menores, una vez adoptada la medida.

La Administración de la Junta de Andalucía, según dispone el art. 36 del Decreto 42/2002, asumirá la guarda de los menores, a instancia de quienes tengan su patria potestad o tutela, cuando concurren circunstancias enfermedades u otras circunstancias graves que, objetivamente valoradas, les impidan cuidar de los mismos. El período de guarda administrativa se determinará en función de las circunstancias personales, familiares y sociales de los menores, evitando una prolongación excesiva que perjudique su desarrollo integral. Los padres y tutores, están obligados a prestar a la Administración de la Junta de Andalucía el nivel de cooperación adecuado, tanto para hacer efectiva la entrega de los menores, como para asumir las responsabilidades que seguirán manteniendo respecto de los mismos.

Esta guarda administrativa se ejercerá, de forma preferente, mediante el acogimiento familiar y, cuando ello no fuere posible o conveniente para el interés del menor, a través del acogimiento residencial. Y, en ningún caso, se debe admitir que los padres o tutores condicionen las solicitudes de guarda a la designación de unas personas

o de un centro concreto, con independencia de que sean debidamente informados de las condiciones en que la guarda va a ejercerse por la Administración de la Junta de Andalucía.

Cuando la guarda administrativa se asuma por resolución judicial en los casos en que legalmente proceda, serán los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía quienes designarán para su ejercicio el acogimiento familiar o residencial, así como las personas o centros acogedores más adecuados, siempre que el órgano judicial no lo haya designado previamente.

En cuanto a la iniciación e instrucción del procedimiento, dispone el art. 28 de la Ley 1/1998 que podrá iniciarse mediante solicitud conjunta de los padres, cuando ambos compartan la patria potestad de los menores, o a instancia de los tutores. No obstante, en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, o en situaciones de urgente necesidad, bastará la solicitud de uno solo de los progenitores.

Una vez iniciado el procedimiento, el órgano que asuma su instrucción elaborará un diagnóstico de la situación real en que se hallan los menores, analizando, asimismo, las circunstancias alegadas por los solicitantes. A tal fin, podrá recabar la información que estime conveniente de los órganos y Administraciones Públicas competentes. Cuando el órgano instructor no tenga por ciertos los hechos alegados por los solicitantes, acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez.

Antes de la redacción de la propuesta de resolución, se dará audiencia a los menores en todo caso, en la forma más adecuada a su edad y madurez, y a los solicitantes, concediéndoles un plazo de diez días tras la vista del expediente, salvo cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por éstos.

Este procedimiento podrá finalizar con la celebración de un convenio entre los solicitantes y los órganos administrativos competentes, en el que se establecerá: en primer lugar, la guarda de los menores por la Administración de la Junta de Andalucía; en segundo lugar, el tiempo de duración de la guarda inicialmente previsto, sin perjuicio de su prórroga en caso necesario; en tercer lugar, la forma de llevarse a cabo la guarda, bien mediante acogimiento familiar, o bien residencial; en cuarto lugar, se establecerá el

régimen de relaciones personales entre los menores y sus padres o tutores, parientes y allegados; y, por último, las responsabilidades que los padres o tutores siguen manteniendo respecto de los menores.

En caso de desestimación de las solicitudes de guarda, se producirá mediante resolución de los órganos administrativos competentes, que será notificada a los interesados. Si en el procedimiento se hubiera constatado la situación de desamparo de los menores, antes de dictarse la resolución que deniegue la solicitud de guarda y declare el desamparo, habrá de darse audiencia a los interesados, concediéndoseles un plazo de diez días hábiles para presentar alegaciones.

El convenio por el que se acuerde la guarda de los menores o la resolución por la que se desestime la misma serán notificados a éstos de forma personal, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, y de manera que comprendan claramente el significado y consecuencias de la decisión adoptada. La constitución de la guarda será comunicada, asimismo, al Ministerio Fiscal.

Finalmente, contra el convenio que acuerde la guarda o la resolución administrativa que desestime la misma podrán formular los interesados su oposición ante el órgano jurisdiccional competente, sin que sea necesaria la interposición de reclamación previa en vía administrativa.

Como puede apreciarse, esta regulación poco aporta a lo establecido en la legislación de ámbito nacional, si comparamos lo expuesto en el presente epígrafe con lo dispuesto por el C.c.

En opinión de MAYOR DEL HOYO⁵⁸⁹, de la lectura de todas estas normas autonómicas surgen dudas y problemas, sobre todo, si tenemos en cuenta que las mismas están destinadas a la organización de medios para posibilitar la intervención de la Administración, y que resulta difícil, dada su relación directa con el Derecho Civil, no traspasar los límites e inmiscuirse en el ámbito de éste.

La primera observación que hace la autora se refiere a las remisiones que, en ocasiones, hacen al C.c. en relación a la guarda administrativa (por ejemplo, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor de Asturias, art. 42; o la Ley 1/1997,

⁵⁸⁹ MAYOR DEL HOYO: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, cit., pág. 57.

de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, art. 56).

Y es que no se trata de textos de remisión, sino que estas normas autonómicas pertenecerían al grupo de textos legales⁵⁹⁰ que se limitan a aclarar o reiterar que rigen determinadas disposiciones cuya vigencia deriva de otras razones como, por ejemplo, por la aplicación de principios de jerarquía normativa o de competencia legislativa, lo cual es perfectamente aplicable a las normas autonómicas que tratan esta materia.

La legislación autonómica reitera o reproduce lo ya dispuesto en el C.c., a veces, repitiendo literalmente los preceptos, a veces llegando a hacer algunas modificaciones (como podría ser el caso del art. 15 de Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura; del art. 42 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor de Asturias; o de los arts. 27 y 28 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia).

Incluso, en ocasiones, directamente van más allá del C.c. al regular nuevas cuestiones como el cese de la guarda, así como los derechos de los padres durante este periodo de tiempo.

Sin embargo, entiende la citada autora que la regulación de estas cuestiones por parte de las CCAA no supone sobrepasar los límites de la competencia que en esta materia les reconoce el art. 148.1.20ª CE, sino que la razón de ser estriba en una cuestión meramente funcional, es decir, necesitan esta regulación más específica para llevar a cabo la actividad protectora que la CE les atribuye⁵⁹¹.

Nosotros hemos de confesar que también nos preguntamos por la utilidad práctica de esta diversidad de normas para regular una materia ya regulada, puesto que en nada difiere a lo establecido a lo largo del C.c. o de la legislación internacional.

⁵⁹⁰ Cita en este punto, MAYOR DEL HOYO: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, cit., pág. 58 a SALVADOR CODERCH.

⁵⁹¹ MAYOR DEL HOYO: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, cit., págs. 57 a 61.

III.- EL ACOGIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE LA GUARDA DEL MENOR. PRINCIPALES NOTAS CARACTERÍSTICAS

Tanto en la guarda como en el acogimiento son instrumentos de protección de menores con una doble finalidad: o bien reintegrar al menor en su núcleo de origen, o bien preparar al menor para la adopción.

El acogimiento es una medida o un instrumento material para lograr la protección de los menores desamparados o en riesgo de serlo; se trata de algo más tangible que una mera actuación de la Entidad pública, pues, aunque, por su sentido gramatical, la palabra “acogimiento” viene a significar lo mismo que “protección”, comporta, además, la idea de albergar o cobijar a alguien.

Nuestro C.c. no define el acogimiento, sino que apenas señala algunos rasgos en relación a sus modalidades concretas.

Así las cosas, como una primera noción aproximativa, puede decirse que el acogimiento es una forma de protección que, material e inmediatamente, consiste en albergar al menor que lo precisa, ya en el hogar de una familia distinta a la suya originaria, ya en un establecimiento destinado a aquel fin, de manera temporal y revocable, pudiendo desembocar en una situación definitiva e irrevocable de plena integración familiar llamada adopción.

En cuanto a los principios generales que deben observarse en los acogimientos, independientemente de su específica modalidad, pueden destacarse los siguientes, contenidos en los arts. 172 y 173 C.c. El principio preeminente es la búsqueda del interés del menor (art. 172.4 C.c.), además de los criterios de procurar la reinserción del menor en su propia familia y que, cuando sean varios hermanos los sometidos a la protección administrativa, se procure no separarlos, manteniéndolos en el mismo establecimiento en la guarda asistencial o confiándolos a una misma persona en el acogimiento familiar⁵⁹²; otro principio es que cabe la remoción del acogimiento familiar

⁵⁹² El art. 9 del Decreto andaluz 282/2002, de 12 de noviembre, dispone: “1. Los menores tendrán derecho a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos y, a tal fin, la Administración de la Junta de Andalucía procurará que todos ellos sean acogidos o adoptados por una misma persona o familia, y en caso de separación, tratará de facilitar la relación entre los mismos.

2. Los menores acogidos tendrán derecho a mantener contacto con sus familias biológicas, directamente o a través de los diversos procedimientos de comunicación, sin que aquél deba ser interrumpido más que en los casos en que el equipo técnico haya constatado un grave riesgo de perjuicio físico o psíquico para

cuando se planteen problemas graves de convivencia (art. 172.5 C.c.); igualmente, se indica por la ley, la reserva de actuaciones en relación con los acogimientos (art. 173.5 C.c.), así como la especial función de vigilancia encomendada al Ministerio Fiscal (art. 174 C.c.)⁵⁹³.

Con tales premisas, el acogimiento puede definirse como aquella institución de Derecho civil, de contenido estrictamente personal, creada para proteger a los menores que, por diversas circunstancias, se han visto privados de una vida familiar normal y que mediante la intervención y control administrativo tiene como fin la integración provisional del menor en otro núcleo familiar (o, en su caso, en un centro residencial), obligándose el que lo recibe a mantenerlo, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral. El conjunto de tales deberes tuitivos coincide, básicamente, con la enumeración que hace el art. 154 C.c., de modo que la institución del acogimiento se orienta en torno al contenido personal de la patria potestad, que se desgaja de ésta para adquirir sustantividad propia. La coincidencia también se produce, con el contenido personal de la tutela del art. 269 C.c., si bien el tutor no tiene obligación de tener en su compañía a su pupilo.

Para VARGAS CABRERA⁵⁹⁴, el legislador ha diseñado un modelo de guarda personal que, con la expresión “*plena participación del menor en la vida de familia*”, pretende dotarlo de un entorno íntimo y familiar que es idóneo para desarrollar libremente su personalidad.

Esta figura se inspira en la Ley italiana nº 184, de 4 de mayo de 1983⁵⁹⁵, norma

los menores. La suspensión se podrá acordar con carácter cautelar previa audiencia de los menores, en su caso, y de la familia biológica, instando de forma inmediata la correspondiente resolución judicial”.

⁵⁹³ TENA PIAZUELO: “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, pág. 253.

⁵⁹⁴ VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, cit., págs. 666 a 668.

⁵⁹⁵ Ley 4 maggio 1983, nº. 184 (1); TITOLO I-bis: Dell'affidamento del minore (5):

Art. 2. “1. *Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno.*

2. *Ove non sia possibile l'affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare.*

3. In caso di necessità e urgenza l'affidamento può essere disposto anche senza porre in essere gli interventi di cui all'articolo 1, commi 2 e 3.

4. Il ricovero in istituto deve essere superato entro il 31 dicembre 2006 mediante affidamento ad una famiglia e, ove ciò non sia possibile, mediante inserimento in comunità di tipo familiare caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia.

5. Le regioni, nell'ambito delle proprie competenze e sulla base di criteri stabiliti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definiscono gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza che devono essere forniti dalle comunità di tipo familiare e dagli istituti e verificano periodicamente il rispetto dei medesimi”.

Art. 3. “1. I legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato, secondo le norme del capo I del titolo X del libro primo del codice civile, fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore in tutti i casi nei quali l'esercizio della potestà dei genitori o della tutela sia impedito.

2. Nei casi previsti dal comma 1, entro trenta giorni dall'accoglienza del minore, i legali rappresentanti devono proporre istanza per la nomina del tutore. Gli stessi e coloro che prestano anche gratuitamente la propria attività a favore delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati non possono essere chiamati a tale incarico.

3. Nel caso in cui i genitori riprendano l'esercizio della potestà, le comunità di tipo familiare e gli istituti di assistenza pubblici o privati chiedono al giudice tutelare di fissare eventuali limiti o condizioni a tale esercizio”.

Art. 4. “1. L'affidamento familiare è disposto dal servizio sociale locale, previo consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento. Il giudice tutelare del luogo ove si trova il minore rende esecutivo il provvedimento con decreto.

2. Ove manchi l'assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore, provvede il tribunale per i minorenni. Si applicano gli articoli 330 e seguenti del codice civile.

3. Nel provvedimento di affidamento familiare devono essere indicate specificatamente le motivazioni di esso, nonché i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, e le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti il nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il minore. Deve altresì essere indicato il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento con l'obbligo di tenere costantemente informati il giudice tutelare o il tribunale per i minorenni, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2. Il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento, deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2, ogni evento di particolare rilevanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza.

4. Nel provvedimento di cui al comma 3, deve inoltre essere indicato il periodo di presumibile durata dell'affidamento che deve essere rapportabile al complesso di interventi volti al recupero della famiglia d'origine. Tale periodo non può superare la durata di ventiquattro mesi ed è prorogabile, dal tribunale per i minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore.

5. L'affidamento familiare cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutato l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia d'origine che lo ha determinato, ovvero nel caso in cui la prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore.

6. Il giudice tutelare, trascorso il periodo di durata previsto, ovvero intervenute le circostanze di cui al comma 5, sentiti il servizio sociale locale interessato ed il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento, richiede, se necessario, al competente tribunale per i minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso di minori inseriti presso una comunità di tipo familiare o un istituto di assistenza pubblico o privato”.

que distingue dos tipos de acogimiento (“affidamento”): el “ricovero”, que es nuestra guarda administrativa, y el familiar⁵⁹⁶.

Si comparamos nuestra Ley 21/1987 con la norma italiana encontramos dos diferencias entre ambas.

Por un lado, la Ley italiana prescribe expresamente que las normas de acogimiento familiar son de aplicación a las de “affidamento ricovero”, es decir, equipara, desde el punto de vista normativo, el acogimiento familiar y la guarda administrativa. Sin embargo, esta equiparación no aparece en nuestra Ley. Pese a ello, según VARGAS CABRERA, debe sostenerse la analogía entre ambas, lo cual no implica la transcripción absoluta de disposiciones de una a otra figura; existe similitud pero no identidad entre ambas figuras.

Por otro lado, la legislación italiana preceptúa que los acogedores deben, en principio, obedecer las instrucciones de los titulares de la potestad familiar. Con el margen de flexibilidad que allí impone también la intervención judicial, el instituto de la guarda se aproxima más a la idea de auxilio temporal por terceros del ejercicio de los deberes de la patria potestad o tutela, a cuyos titulares se confiere el fundamental poder de decisión sobre la esfera personal del menor. En nuestro Derecho, y con el sentido abierto y gradual con que el interés del menor se legisla, debe mantenerse, en principio,

Art. 5. “1. L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 316 del codice civile. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. L'affidatario deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato.

2. Il servizio sociale, nell'ambito delle proprie competenze, su disposizione del giudice ovvero secondo le necessità del caso, svolge opera di sostegno educativo e psicologico, agevola i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa del minore secondo le modalità più idonee, avvalendosi anche delle competenze professionali delle altre strutture del territorio e dell'opera delle associazioni familiari eventualmente indicate dagli affidatari.

3. Le norme di cui ai commi 1 e 2 si applicano, in quanto compatibili, nel caso di minori ospitati presso una comunità di tipo familiare o che si trovino presso un istituto di assistenza pubblico o privato.

4. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, intervengono con misure di sostegno e di aiuto economico in favore della famiglia affidataria”.

⁵⁹⁶ DE LA HAZA, Pilar: “Notas sobre el ‘affidamento’ familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, núm. 6, págs. 959 a 1007.

según opina VARGAS CABRERA⁵⁹⁷, que el titular de la guarda y acogimiento concita en torno a sí mismo el básico poder de dirección y consiguiente responsabilidad de la gestión de los intereses personales del menor que se le confía, considerando conveniente distinguir entre los terceros auxiliares del ejercicio de la patria potestad o tutela, y aquellos otros que detentan la titularidad de la guarda personal con contenido legal y autonomía en su actuación.

Conforme a ello, como notas distintivas más destacadas del acogimiento pueden señalarse, entre otras, su carácter personal, subsidiario, temporal, revocable y remunerable.

El acogimiento tiene un carácter esencialmente personal, sin que suponga la asunción por el acogedor de las facultades de representación y administración de bienes inherentes a la patria potestad, puesto que el art. 173.1 C.c. sólo impone al acogedor las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Tiene carácter subsidiario respecto a las medidas de ayuda o apoyo a la familia: sólo podrá adoptarse cuando la ayuda familiar sea insuficiente para conseguir la reinserción del menor en el grupo familiar y se haga necesario separar al menor desamparado de su entorno familiar.

Se trata de una medida esencialmente temporal. Se funda en la previa asunción por parte de la Entidad pública de la tutela *ex lege* o de la guarda a solicitud de los padres o tutores que no puedan cuidar al menor o por resolución judicial, de modo que su duración está condicionada al restablecimiento de la normalidad en la situación familiar o a la constitución de una tutela ordinaria o, en su caso, una adopción. Su límite máximo es la mayoría de edad.

Es revocable, mediante previa comunicación a la Entidad pública⁵⁹⁸.

Puede ser retribuido, remuneración que correrá a cargo de la entidad si la formalización del mismo es administrativa y la fijará el juez si es judicial⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ VARGAS CABRERA: *Íbidem*.

⁵⁹⁸ Como señala SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 581, glosando el art. 173 C.c., el acogimiento es revocable y aunque razonablemente la revocación debe estar justificada, los términos del precepto son tajantes: para cesar basta “comunicación”.

⁵⁹⁹ SERRANO GARCÍA: *Íbidem*.

La figura del acogimiento, familiar y residencial, aparece contemplada en el art. 172 C.c. como medida de protección tanto de menores bajo tutela automática de la Administración, como bajo guarda asistencial administrativa. Si el menor es dado en acogimiento, la titularidad de la tutela *ex lege* o de la guarda asistencial la ostenta la Entidad pública y el acogedor ejerce una tarea de contenido estrictamente personal (no tienes potestades de orden patrimonial), al asumir las funciones que señala el art. 154, párr. 2º, nº 1 C.c., el cual es reproducido por el art. 173.1 C.c.⁶⁰⁰.

El legislador ha previsto, como posibles medidas de protección, tanto el acogimiento familiar como el residencial, siendo preferente, en lo posible, el primero sobre el segundo.

Así se expresa en el AAP. de Cantabria de 25 de abril de 1997⁶⁰¹, en el que, ante una situación fáctica de desamparo a causa de la incapacidad de los padres para hacerse

⁶⁰⁰ Como se indica en la RDGRN. de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9314), FJ. 2º, “*se trata, pues, de una relación personal en la que los deberes que pesan sobre los acogedores tienen como contrapartida una potestad de guarda, aunque sea bajo la vigilancia de la Entidad pública (art. 172.3 C.c.)*”.

⁶⁰¹ AAP. de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997, 903). Los antecedentes de hecho se recogen pormenorizadamente en el FJ. 2º del siguiente modo: “ (...) *el menor nació el 23 de abril de 1994 y ya en aquel momento el centro hospitalario en que nació informó a la Diputación Regional la conveniencia de que asumiera la guarda del menor evitando su entrega a la madre; esta misma solicitó de la Diputación el 3 de mayo que le recogiesen el niño por no poder tenerlo, y la Diputación asumió efectivamente la tutela automática del menor por Acuerdo 26 mayo 1994, a la vista no ya de la solicitud de la madre, sino de la constatación, por informes sociales y documentos, de la incapacidad de ésta y del padre -que nada dijo ni hizo al tiempo del nacimiento-, para hacerse cargo del niño en condiciones de seguridad y de garantía de su alimentación, cuidado y educación; consta acreditado documentalmente -certificado médico e informes del Ministerio de Asuntos Sociales- que la madre padece un oligofrenia, y el padre un trastorno sicótico de la personalidad que ha servido de base a un reconocimiento de minusvalía del 65 por 100; también la desastrosa situación familiar, que supone la inexistencia de apoyos familiares imprescindibles, el riesgo físico incluso existente en las visitas de los padres al menor, que provocó una decisión judicial de suspensión de visitas. Los propios recurrentes, el 17 de junio de 1994, comparecieron ante la Diputación y expresaron su deseo de que el niño permaneciese ingresado o en la Residencia Santa Teresa hasta los seis años, y aunque manifestaron que no querían que diesen al niño a ninguna familia, reconocieron carecer de apoyo familiar para hacerse cargo del mismo; cuando el 17 de noviembre de 1995 el padre comparece ante el Juzgado -la madre ni siquiera lo hizo pese a ser citada-, manifestó querer tener a su hijo consigo, pero también oponerse a la propuesta de la Diputación «mientras el niño no está bautizado», y preferir que se quede en la Residencia a que se lo den a otra familia. A la vista de todo ello, que configura un cuadro ciertamente dramático, no puede por menos que compartirse la resolución recurrida, pues las circunstancias de los padres biológicos evidencian una incapacidad no meramente temporal o circunstancial para hacerse cargo del cuidado y educación del menor en unas condiciones mínimas, y el acogimiento propuesto se revela como la fórmula óptima por ahora para dotar al menor, que desde septiembre de 1994 se encuentra en régimen de guarda con quienes lo acogerán, de una mínima estabilidad en esa situación, obviamente mucho más favorable que su estancia en una residencia -como los padres pretendían en un principio e incluso se ha defendido en el recurso anteponiendo los intereses propios a los del menor-, no ya desde el punto de vista de las*

cargo del menor en condiciones de seguridad y de garantía de alimentación, cuidado y alimentación (la madre padecía oligofrenia y el padre trastorno sicótico), se acuerda judicialmente el acogimiento del menor, en su modalidad familiar (frente al residencial, preferido por los padres), acerca de la cual declara el Tribunal que esta medida “*se revela como la fórmula óptima... para dotar al menor de una mínima estabilidad en situación obviamente mucho más favorable que su estancia en una residencia —como los padres pretendían—... no ya desde el punto de vista de las comodidades materiales sino de satisfacción de sus necesidades afectivas, siendo por demás evidente que en el presente caso el interés del menor impone el sacrificio del principio de integración en la familia biológica*”.

Ahora bien, el carácter preferente de la medida de acogimiento familiar no implica que la misma resulte, en todo caso, la más conveniente. La Administración deberá acudir a una u otra modalidad en función de las concretas necesidades y circunstancias personales y socio-familiares de cada menor. Las condiciones y necesidades de cada menor son diferentes y, por tanto, también deben ser diversas las medidas de protección a adoptar en cada caso. Es evidente que lo que es bueno para un menor puede no serlo para otro.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia acogedora. Como ya se ha indicado, la persona o familia queda obligada a asumir las funciones de contenido personal inherentes a la guarda que corresponden a la Administración como titular de la tutela: velar por el menor, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral *ex art. 173.1 C.c.* La Administración debe colaborar con la persona o familia acogedora en el cumplimiento de las referidas funciones y controlar su debido ejercicio, en tanto que la familia acogedora deberá cooperar con la Administración en el desarrollo del plan de actuación y mejora establecido y la buena marcha del régimen de visitas con la familia de origen que se hubiera establecido.

comodidades materiales sino de satisfacción de sus necesidades afectivas, siendo por demás evidente que en el presente caso el interés del menor impone el sacrificio del principio de integración en la familia biológica”.

Como describe, con enorme claridad, el AAP. de Madrid de 23 de mayo 2002⁶⁰², el acogimiento consiste “*en la incorporación del menor a una familia sin pasar a ser miembro de ella jurídicamente —como ocurre con la adopción—, ni dejar de serlo de la propia, pero sí integrándose de forma plena en la vida de aquélla como un miembro suyo más, debiendo quien lo acoge velar por él, tenerlo en su compañía, educarle y procurar al acogido una formación integral*”.

IV.- MODALIDADES DE ACOGIMIENTO

En realidad, tal como afirma TENA PIAZUELO, el tipo que se desarrolla por el C.c. en sus arts. 173 y 173 bis⁶⁰³, es solamente el acogimiento familiar, pareciendo dar por supuesta la remisión de la modalidad residencial a la específica normativa que en cada Comunidad Autónoma la regule. La única explicación de esta falta de previsión tal vez sea que se considera preferible dejar, en lo posible, fuera del texto civil lo que es, exclusivamente, una competencia administrativa de una Entidad pública y modalizada en cada territorio autonómico. De ser así, resultaría ese modo de proceder realmente desacertado, pues, en el fondo, también el acogimiento familiar o el provisional se desenvuelven más o menos mediatamente como una actividad tuitiva pública. Sin duda alguna, la previa cognoscibilidad de un marco común y mínimo de requisitos, límites y circunstancias en que debiera desenvolverse todo acogimiento residencial facilitaría las tareas de seguimiento, que en general se encomiendan al Ministerio Fiscal (art. 174 C.c.) y el control último por parte de los Jueces.

⁶⁰² AC 2002, 1351.

⁶⁰³ El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014 no prevé grandes modificaciones en relación al acogimiento, pues, tras algunas leves modificaciones en el art. 173, el art. 173 bis redefine las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva, es actualmente una fase del procedimiento de adopción. Con ello se introduce claridad en los verdaderos supuestos de acogimiento familiar, que quedan concretados en acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (hasta ahora, denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga, y acogimiento permanente. Además, se establece la competencia de las Entidades públicas para que, al constituir un acogimiento permanente, puedan atribuir a los acogedores las funciones de la tutela, sin previa intervención judicial.

4.1.- El acogimiento familiar

4.1.1.- Concepto, carácter preferente y tipos

Del articulado de la LOPJM y del C.c., partiendo siempre del fundamental principio rector de la búsqueda del interés del menor, resulta una imperativa ordenación gradual de las actuaciones protectoras de menores: en primer lugar, es prioritaria la reinserción del menor en su propia familia (art. 172.4 C.c.)⁶⁰⁴ y, sólo subsidiariamente, para cuando ello no sea posible, se estima preferible el acogimiento familiar al residencial. Claramente, el legislador ha considerado siempre más deseable para los menores su permanencia en un ambiente familiar, pero es ilustrativo señalar cómo el acogimiento familiar y el residencial comparten la misma naturaleza y función: son medios, instrumentos de ejercer la guarda de los menores asumida por las correspondientes Entidades públicas a petición de los padres (art. 172.2 C.c.) o integrada en la tutela *ex lege* asumida por aquéllas (art. 172.3 C.c.).

Presenta esta figura un contenido eminentemente fáctico, de ejercicio de funciones y no de titularidad de derechos o potestades, que, en ningún caso, es ostentada por los acogedores, sin ser, en consecuencia, representantes legales del menor. Ello es perfectamente conforme con el contenido o vertiente personal que, según se explicitó en la EM. de la Ley de 1987, identifica el carácter del acogimiento como medida dirigida a satisfacer las necesidades vitales más básicas de los menores.

Aparece, así, la figura de los acogedores familiares, regida por las ideas de disponibilidad hacia las necesidades del menor apreciadas por sus representantes legales

⁶⁰⁴ Como señala la SAP. de Huelva de 18 de abril de 2013 (JUR 2013, 231677), sobre un caso que trata la idoneidad, las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor. Como sigue avanzando esta sentencia “*Esta orientación de nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional e internacional de el favor minoris o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (art. 39 CE), Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 de abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987)*”.

y de asunción, por ende, de obligaciones hacia aquél. Ello es apreciable en la conceptualización misma que de la figura realiza el art. 173.1 C.c. y encaja perfectamente con la posibilidad de su remuneración (art. 173.2.5° C.c.). Carecen los acogedores, además, de autonomía total en la dirección de la vida del menor, por cuanto deben comprometerse a colaborar con el seguimiento que la Entidad pública pretenda realizar sobre aquél: es, por tanto, el acogimiento una figura sometida a control y dependiente siempre del correspondiente ente público protector de menores. En realidad, la mayor autonomía reconocida por la ley a los acogedores estriba en el poder de provocar su cese por su simple decisión (art. 173.4.2° C.c.), prueba irrefutable de su contenido eminentemente fáctico. A partir de esta concepción legal, se concibe el acogimiento desde la perspectiva del deber y no de la del derecho⁶⁰⁵.

El acogimiento familiar permite, al igual que el residencial, materializar la tutela o la guarda, si bien resulta una medida más idónea o natural que la anterior, pues consiste en integrar al menor en una nueva familia (entendida ya en sentido estricto, o ya como un “hogar funcional” organizado o dispuesto por la Administración), que sustituye de una forma, más o menos, definitiva a la propia del menor. Tanto es así que al describir el art. 173.1 C.c. tal modalidad de acogimiento, le asigna como funciones las que (según el art. 154.1° C.c.) son deberes de los padres para con sus hijos sujetos a su potestad: *“el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional”*.

El acogimiento familiar puede ser simple, permanente o preadoptivo.

El acogimiento familiar simple se caracteriza por el art. 173 bis, 1° C.c. como aquel con carácter puramente transitorio. Se trata, pues, de una medida de protección interina o temporal, en espera de que se modifique la situación en que provisionalmente se encuentra el menor, bien ante la inminente reinscripción en su propia familia, bien en

⁶⁰⁵ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: “La subversión constitucional del acogimiento de menores”, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 2002, núm. 17 [BIB 2002/2169].

tanto se adopta una medida de protección más estable⁶⁰⁶. Concorre en esta especie de acogimiento la relatividad, pues el citado precepto no ha determinado durante cuánto tiempo puede recurrirse a esta medida, cuánto puede durar esa situación de espera para la reinserción o para el paso a otra medida distinta, lo cual, por consiguiente, queda en manos de la Entidad pública competente. Hubiera sido muy conveniente que se hubieran fijado unos límites temporales máximos al acogimiento simple, a fin de evitar que fuese la propia disponibilidad de medios materiales de la Administración, más que las necesidades objetivas de los menores a proteger, la que acabase determinando la calificación del acogimiento. Al respecto, y nos parece sumamente acertado, el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014 sí establece un límite temporal de dos años al que pasa a denominar “*acogimiento temporal*” en lugar de “*simple*”.

El acogimiento familiar permanente es el acogimiento propiamente dicho, una medida de protección estable o relativamente duradera, en que se traducen la tutela automática o la guarda legal⁶⁰⁷. Suele estar ligado a la imposibilidad de constituir la adopción y puede comportar, incluso, la atribución judicial a los acogedores, previa petición de la Entidad pública, de la representación legal del menor⁶⁰⁸.

El acogimiento familiar preadoptivo tiene como finalidad la constitución de la adopción. Por ello, dada la importancia que reviste, y puesto que se aleja del acogimiento para aproximarse a la adopción, creemos oportuno dedicarle un epígrafe.

Evidentemente, este abanico de modalidades de acogimiento exige, en primer lugar, el rigor de la actuación de los equipos técnicos de carácter psicosocial a la hora de

⁶⁰⁶ El art. 23.1 del Decreto andaluz, contempla que “*el acogimiento familiar simple se promoverá conforme a la legislación civil cuando, existiendo una situación de crisis en la familia del menor, se prevea su reinserción a corto plazo en la misma, o bien mientras se acuerde una medida de carácter más estable*”. Conforme a la configuración del acogimiento familiar simple, en su art. 15, contempla como criterios específicos para valorar la idoneidad de los solicitantes para dicha modalidad de acogimiento: la aceptación de la temporalidad del acogimiento y la aceptación de la familia biológica como figura activa.

⁶⁰⁷ TENA PIAZUELO: “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, cit., págs. 253 a 255.

⁶⁰⁸ El art. 23.2 del Decreto andaluz contempla que “*el acogimiento familiar permanente se promoverá conforme a la legislación civil cuando, no existiendo previsión de reinserción adecuada del menor en su familia biológica, las características y deseos personales del propio menor o las específicas circunstancias de su situación aconsejen su integración estable y duradera en otra familia, sin creación de vínculo de filiación entre ellos*”. Conforme a la configuración del acogimiento familiar permanente, en su art. 15, contempla como criterios específicos para valorar la idoneidad de los solicitantes para dicha modalidad de acogimiento: la aceptación de una situación sin límite temporal predeterminado; la ausencia de expectativa de adopción; la ausencia de previsión de retorno y la aceptación de la relación del menor con su familia biológica.

determinar en qué situación se encuentra el menor; y, en segundo lugar, la honradez de la Administración para no ceder a la presión que supone tener una larga lista de espera de familias que pretenden la adopción; lógicamente, si se instaura un acogimiento simple en familia ajena al entorno del menor, ésta no debería ser de las que están en esa lista de espera, sino de las que han manifestado su disposición a actuar como acogedores, por lo que saben ya que la situación es temporal y sometida a posible reversión⁶⁰⁹.

4.1.2.- Familia de acogida extensa y ajena

Conforme el art. 24 del Decreto andaluz, el acogimiento familiar simple o permanente se podrá constituir en familia extensa del menor o en familia ajena, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 3 del presente Decreto, conforme al cual *“a los efectos previstos en este Decreto, se entenderá por familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta de tercer grado, entre el menor y los solicitantes del acogimiento. Se entenderá por familia ajena aquella con la que no exista la relación de parentesco antes referida”*.

El art. 8.2 del Decreto establece que *“se procurará que el acogimiento de los menores se produzca en su entorno y, preferentemente, en el seno de su familia extensa, salvo que no resulte aconsejable en interés del menor”* y el art. 31, por su parte, insiste en dicha preferencia en los siguientes términos: *“el acogimiento, simple o permanente, en familia extensa tendrá preferencia respecto del acogimiento en familia ajena”*⁶¹⁰.

Según el art. 32 del Decreto, la selección de los parientes para asumir el acogimiento familiar se realizará teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: a) Suficiente interés, puesto de manifiesto por los solicitantes, por el bienestar del menor; b) Existencia de vínculo afectivo entre los solicitantes y el menor, o posibilidades de

⁶⁰⁹ CORRAL GARCÍA, Eduardo: “El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, núm. 11 [BIB 2003\1118].

⁶¹⁰ En idéntico sentido, los arts. 126 y 127 LDOIA establecen que las medidas de acogimiento familiar, simple o permanente son preferentes al acogimiento en centros de internamiento, y dentro del acogimiento familiar, resulta preferente el que pueda realizarse en la familia extensa del niño al acogimiento en familia ajena.

establecerlo; c) Capacidad de los solicitantes de preservar al menor de las condiciones que generaron la situación de desamparo, así como una adecuada aptitud educadora; d) Ausencia de oposición al acogimiento por las personas que convivan en el domicilio de los solicitantes. e) Menor distancia generacional entre los solicitantes y el menor y e) Menor distancia generacional entre los solicitantes y el menor.

Así las cosas, conforme dispone el art. 33 de la misma norma, el acogimiento, simple o permanente, en familia ajena tiene carácter subsidiario, puesto que procede cuando no sea posible el acogimiento en la familia extensa del menor, bien por inexistencia de parientes interesados en su constitución o por falta de idoneidad de éstos.

Según lo dispuesto por el art. 34 del Decreto, se propondrá la constitución del acogimiento a los solicitantes que ofrezcan las mayores posibilidades para la integración familiar y el óptimo desarrollo del menor, en función del historial y características personales de éste. A tal fin, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) Relación sociocultural: Tendrán preferencia los solicitantes que pertenezcan al contexto próximo al menor; b) Formación: En el caso de acogimiento familiar de menores con necesidades especiales, se dará prioridad a los solicitantes que por su formación; profesión y experiencias estén especialmente cualificados para su adecuada atención; c) Composición familiar: Tendrán preferencia las familias con hijos y d) Antigüedad: Se dará prioridad a quienes posean una mayor antigüedad en su inscripción en el Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía sólo cuando, tras la toma en consideración de los criterios anteriores, se produzcan situaciones de evidente similitud.

4.1.3. El acogimiento familiar profesionalizado

Hemos de referirnos, aun sucintamente, a la posibilidad de profesionalizar el acogimiento familiar.

Según DE PALMA DEL TESO⁶¹¹, siguiendo a LÓPEZ SÁNCHEZ, en ciertos Estados, en especial, los anglosajones, se está avanzando en la experiencia del

⁶¹¹ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit. (págs. 374 a 377), Id. vLex: VLEX-400135890; <http://vlex.com/vid/400135890>, quien cita a LÓPEZ SÁNCHEZ en

acogimiento familiar profesional. En este modelo, los acogedores vendrían a ser un miembro más del equipo responsable del plan de mejora: se comparte con ellos la información, asumen tareas de cierta especialización y colaboran activamente en el logro de los objetivos propuestos y, en su caso, impulsan la reintegración familiar.

En los últimos tiempos, también en nuestro Ordenamiento se abre paso dicho modelo, si bien no cuenta con la misma tradición que en los sistemas jurídicos anglosajones⁶¹².

Pero también nuestro C.c., en el art. 173, apartado 6º de su párrafo 2º, dispone la necesidad de señalar expresamente en el documento de formalización del acogimiento familiar, si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o no⁶¹³, luego es una práctica posible en nuestro Derecho. Algunas normas autonómicas la contemplan⁶¹⁴.

AAVV.: *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, págs. 58 a 61.

⁶¹² Acerca de ello, encontramos que, en octubre de 2012, se celebró en Oviedo el XI “Congreso internacional de infancia maltratada”, organizado por FAPMI (Federación de Asociaciones para la prevención del Maltrato Infantil), en el que impartió una ponencia PABLO JODRÁ JIMÉNEZ, de la Fundación Internacional O’Belen, sobre “El acogimiento familiar profesionalizado”, en la que sitúa el origen de los programas sobre acogimiento familiar profesionalizado en la primera mitad del siglo XIX en Estados Unidos, y cuya evolución ha estado determinada por una doble finalidad (Bryant, 1981): como un tratamiento complementario a los hospitales psiquiátricos y a los centros residenciales; y como una alternativa a la institución, con el objetivo de que los menores no pasaran por los centros residenciales. Las experiencias de esta modalidad de acogimiento familiar en diversos países (Reino Unido, Francia, Alemania...), desde hace medio siglo, han demostrado resultados positivos en dos aspectos: la atención de niños y jóvenes desde una familia facilita una mejor adaptación del menor a su entorno, y la disminución del coste de la atención.

Entre las características que se requieren en esta modalidad de acogimiento familiar se citan: la voluntariedad de las personas acogedoras, puesto que deben comprender y aceptar lo que implica pertenecer al programa de acogimiento familiar; exigencia de formación profesional específica en aquellos casos en los que las necesidades de los menores requieran una atención profesional continua; compensación económica por los gastos del mantenimiento del menor acogido, como se establece en los acogimientos familiares convencionales; retribución económica por los servicios profesionales que se prestan; soporte técnico que facilite la labor profesional.

⁶¹³ NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pág. 97.

⁶¹⁴ Entre otras, el art. 48 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de Castilla La Mancha, conforme al cual “1. *El acogimiento familiar simple y el permanente podrán constituirse con carácter profesionalizado.* 2. *Se entiende por acogimiento profesionalizado aquel que se ejerce por una persona especialmente cualificada que acoge en su núcleo familiar a uno o varios menores y recibe una cantidad por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos*”; también el art. 82.1 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, según el cual “*el acogimiento familiar simple y el permanente podrán ejercerse con carácter profesionalizado, cuando recaigan en persona o personas especialmente cualificadas que acogen en su núcleo familiar a uno o varios menores y reciben una cantidad por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos*”.

Esta clase de acogimiento se caracteriza porque las personas o familias acogedoras son colaboradores de la Administración en la aplicación del plan de mejora previsto para el menor; vienen a ser un miembro más del equipo técnico responsable del caso. Por ello, se les pueden encomendar tareas que requieren cierta especialización, colaboran con la Administración en el seguimiento del menor y en la toma de decisiones, asumiendo la responsabilidad de alcanzar los objetivos propuestos en el plan de actuación.

Este tipo de acogimiento es una vía para facilitar la integración familiar de ciertos menores que, de otro modo, muy probablemente tendrían que ser derivados hacia un acogimiento residencial, como sería el caso de menores que padecen alguna enfermedad o deficiencia psíquica, adolescentes conflictivos, grupos de dos o más hermanos o, simplemente, menores próximos a la mayoría de edad.

En nuestro Ordenamiento, el acogimiento profesional ha sido definido⁶¹⁵ como aquél encomendado a una persona o familia, especialmente cualificada, que acoge en su núcleo familiar a uno o varios menores y recibe una retribución por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos.

De este modo, es una modalidad de acogimiento simple o permanente que se aplica para niños y niñas con graves necesidades especiales ocasionadas por una enfermedad grave, problemas de conducta, discapacidad física, psíquica o sensorial, o menores que precisen de un apoyo especial debido a los malos tratos o abusos sexuales sufridos.

La Administración puede atribuir a las personas acogedoras profesionales el acogimiento de más de un menor. Las normas autonómicas fijan reglamentariamente el número máximo de menores que pueden tenerse en acogimiento profesionalizado, el régimen e importe de las cantidades a percibir por este concepto, así como los requisitos de formación que deberán tener los acogedores. De este modo, los acogedores han de acreditar que tienen la debida preparación para desarrollar, de forma eficaz, la responsabilidad que asumen y disponen de los medios necesarios para garantizar una adecuada asistencia y atención de los menores. En cualquier caso, la Administración

⁶¹⁵ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit. (págs. 374 a 377), Id. vLex: VLEX-400135890; <http://vlex.com/vid/400135890>.

deberá prestar orientación y apoyo técnico a los acogedores.

De este modo, nos encontramos con el acogimiento familiar en familia ajena profesionalizado si el menor precisa una atención especializada (en razón de la edad, la discapacidad, etc.), en contraposición al ordinario, cuando el menor, teniendo en cuenta sus circunstancias, no la requiera.

DE PALMA DEL TESO⁶¹⁶ considera que la condición “profesional” de esta clase de acogimiento familiar deriva de su carácter remunerado, en tanto que la remuneración tiene como finalidad principal garantizar que el menor o menores acogidos tengan cubiertas todas sus necesidades materiales. Nosotros discrepamos, en cuanto que el carácter de “profesional” se lo dan las características tan peculiares que lo convierten en un acogimiento muy especializado.

Además, sostiene la citada autora, que el carácter profesional del acogimiento y la formación del acogedor es una garantía de que la familia “*no se apropiará del menor*”. Es más, uno de las funciones del acogedor será preparar al menor para el retorno con su familia biológica y estimular y facilitar las relaciones familiares. Así, en muchos casos sería posible la presencia del acogedor o acogedores en las visitas. En general, los padres, tutores o familiares no tendrán respecto a estas personas el recelo que, habitualmente, sienten frente a una familia acogedora tradicional.

4.2.- El acogimiento familiar preadoptivo

Este tipo de acogimiento, como puede deducirse de su propia denominación, es una modalidad de acogimiento permanente que tiene por objeto, además de la inmediata protección de los menores, preparar o propiciar su adopción.

Goza de una determinada virtualidad práctica, la de permitir una especie de prueba o ensayo de la adopción antes de que ésta formalmente se constituya, a fin de que acogedores–adoptantes y acogidos–adoptandos conozcan de modo previo y suficiente las circunstancias en que podrían desarrollarse las relaciones de filiación adoptiva. Ello es tenido en cuenta en el régimen de la adopción contenido en los arts. 175 y ss. C.c., en el que se establecen determinadas reglas especiales e, incluso,

⁶¹⁶ DE PALMA DEL TESO: *Op. cit.*

salvedades, en caso de que previamente a la adopción haya existido un acogimiento preadoptivo⁶¹⁷.

El art. 35 del Decreto andaluz dispone que *“conforme a la legislación civil, el acogimiento familiar preadoptivo y la adopción se promoverán cuando se prevea la imposibilidad de reinserción del menor en su familia biológica, y se considere necesario, en atención a su situación y circunstancias personales, la plena integración en otra familia, mediante la creación de vínculos de filiación”*.

Para promover la constitución del acogimiento familiar preadoptivo y la adopción deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:

a) Preferencia del interés del menor al de cualquier otro sujeto, incluso el de padres o familiares, tutores, guardadores y futuros adoptantes.

b) Comprobación, a través de la correspondiente evaluación e intervención con la familia de origen del menor, de la existencia de elementos de juicio suficientes para estimar que no resulta previsible una modificación de las circunstancias familiares que permita la reinserción de éste en la misma. A estos efectos, se entenderá que no es factible la reinserción del menor en su familia biológica cuando, aun existiendo una posibilidad de reintegración, ésta requeriría de un plazo de tiempo que ocasionaría un mayor deterioro psicosocial en el desarrollo evolutivo del menor.

c) Preferencia del acogimiento familiar, solicitado por los parientes del menor, al acogimiento preadoptivo o la adopción promovidos por personas ajenas a la familia del menor o no vinculadas con la misma.

d) Integración satisfactoria del menor en el seno de la futura familia adoptiva, antes de que se promueva la adopción. Para ello, se exigirá una convivencia previa superior a cuatro meses, en régimen de acogimiento familiar.

e) Consentimiento del menor que tuviera doce años cumplidos al acogimiento preadoptivo o la adopción, previa explicación de las causas que justifican tales medidas. En el caso de menores de esa edad, se valorará su opinión antes de aplicar dichas medidas.

f) Notificación a los padres o tutores de la decisión de promover el acogimiento

⁶¹⁷ TENA PIAZUELO: “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, cit., pág. 255.

preadoptivo o la adopción, a fin de que manifiesten su consentimiento o asentimiento.

De todo ello, se deduce que el acogimiento preadoptivo tiene por finalidad conseguir una adopción más fácil en su desenvolvimiento para adoptantes y adoptados. Los acogedores preadoptivos gozan de un amplio status jurídico reforzado respecto a los demás acogedores en general, según señala nuestro TC., en su Sentencia de 20 de mayo de 2002⁶¹⁸, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse en un futuro no muy lejano en padres de los niños acogidos, lo cual se traduce en unos vínculos afectivos mucho más fuertes entre acogedores y menores que los que se crearían si el acogimiento fuera simple y transitorio.

El acogimiento familiar preadoptivo presenta dos vías de formalización que se recogen en el art. 173 bis, 3 C.c.⁶¹⁹.

La primera se formalizaría por la Entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la Entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

En el segundo caso, el art. 173 bis, 3 C.c. establece que la Entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

Según la SAP. de Granada de 18 de octubre de 2013⁶²⁰, el acogimiento familiar preadoptivo, en las dos modalidades recogidas en el art. 173 bis. 3º C.c., exige para su constitución el consentimiento de los progenitores "*que no estuvieren privados de la patria potestad*", y si no consienten o se oponen al acogimiento, éste sólo puede ser acordado por el Juez, conforme a los trámites de la LEC (art. 173.3º primer párrafo del C.c.). Y sigue recogiendo la sentencia granadina: "*no obstante, cabe que la*

⁶¹⁸ RTC 2002, 142.

⁶¹⁹ DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 304.

⁶²⁰ JUR 2014, 128739.

Administración, entre tanto, acuerde un acogimiento familiar provisional, el cual, como sólo subsiste hasta tanto se produzca la resolución judicial art. 173.3 párrafo 2º del C.c.), no puede ser objeto de oposición por los progenitores, precisamente porque la oposición diseñada en los artículos 780 y ss. de la LEC va dirigida contra resoluciones administrativas ordinarias o definitivas, consideración que se justifica en que está pendiente un procedimiento de jurisdicción voluntaria para decidir sobre la aprobación de la "propuesta" de acogimiento que hace la Entidad pública y que no ha contado con el consentimiento de los progenitores o éstos se han opuesto a ella. Admitir oposición a una resolución que, amén de ser provisional, tiene por objeto una cuestión que está pendiente de resolverse en vía judicial, supondría una duplicidad de procedimientos con el mismo objeto con merma del principio de economía procesal”.

Probablemente éste sea el mayor problema que presenta la actual legislación protectora de los menores y su aplicación en la práctica.

Por ello, GARCIA CORRAL entiende totalmente acertado (opinión que compartimos absolutamente) lo que propusieron los Fiscales de menores en las Jornadas sobre Derecho de Familia celebradas el 15 de diciembre de 2000, en el punto nº 5 de sus conclusiones: *“se considera una imprudencia la práctica, por parte de las Entidades públicas de Protección del Menor, de acordar la constitución del acogimiento preadoptivo de los niños que se encuentren bajo su tutela, mientras que existe un procedimiento judicial pendiente con el objeto de determinar si procede confirmar o dejar sin efecto una previa resolución administrativa declarando el desamparo”*. Y los fiscales añadían, con visión profética respecto a este caso, que *“la imprudencia deriva más por el hecho fáctico de entregar al menor a la nueva familia acogedora, privando de todo contacto al niño con su familia de origen, que por el propio requisito formal de la resolución que constituye el acogimiento y cuya eficacia pende de su convalidación judicial. Efectivamente, la actuación vía de hecho, aunque sin refrendo judicial pleno, lo cierto es que crea unos lazos afectivos, emocionales, psicológicos y materiales entre el niño y la nueva familia que, en caso de prolongarse la relación, se consolidan y llegan a hacerse irreversibles en interés del propio menor»*⁶²¹.

⁶²¹ CORRAL GARCÍA: “El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, cit. [BIB 2003/1118].

Es decir, el problema reside en las implicaciones que lleva consigo la resolución de acogimiento preadoptivo, las cuales van dirigidas a conseguir la desvinculación total y absoluta de su familia de origen, para lo cual se hace necesario evitar cualquier contacto con su familia de origen, al objeto de conseguir la plena integración del menor con la familia acogedora y que así focalice el afecto en los futuros padres adoptivos. Esta maniobra de desvinculación se consigue, por parte de la Administración, decretando la suspensión de las relaciones familiares.

4.3.- El acogimiento residencial

4.3.1.- Su carácter subsidiario

El C.c. hace una mera alusión al acogimiento residencial, puesto que todas las normas relativas a la protección de menores abogan por que el menor se desarrolle en un ambiente familiar, intentando conseguir su plena integración en el núcleo familiar de acogida.

Por consiguiente, el acogimiento residencial tiene carácter subsidiario, pues sólo tendrá lugar cuando se hayan agotado todas las posibilidades de mantener al menor en su familia o bien no sea posible o no se considere adecuado el acogimiento familiar.

Además, esta medida se mantendrá por el tiempo estrictamente necesario y se promoverá la integración del menor en su entorno social, así como su acceso a los sistemas ordinarios educativos, sanitarios y laborales, teniendo presente, en todo momento, que los menores acogidos en centros serán objeto de un tratamiento educativo individualizado que atienda a sus circunstancias personales y sociofamiliares y que se recogerá en un proyecto educativo para cada menor, aunque los centros de atención a menores también deben contar con un proyecto general.

Es importante apuntar que los centros de acogida deberán estar autorizados y acreditados por la Entidad pública, la cual prestará especial atención a la seguridad, sanidad, número y cualificación profesional de su personal, a su proyecto educativo, la participación de los menores en su funcionamiento interno y a las demás condiciones

que contribuyan a asegurar los derechos del menor (art. 21.2 LOPM). Y a este respecto, la Entidad pública competente en materia de protección de menores deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias (art. 21.3 LOPJM). También el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores⁶²².

La regulación del desarrollo de este tipo de acogimiento la encontramos en las distintas normas autonómicas.

Siéndonos imposible analizarlas todas, mencionaremos algunas a título de ejemplo.

El Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores de Andalucía, en su art. 3, establece que la finalidad del acogimiento residencial será promover el pleno desarrollo de la personalidad de los menores y su integración social, garantizando las condiciones para el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento jurídico les reconoce. El interés de los menores presidirá todas las decisiones que se adopten al respecto.

El acogimiento residencial se mantendrá el tiempo estrictamente necesario, conforme al plan de intervención individualizado del menor previsto que se elaborará en función de la evaluación de sus necesidades y que será revisado al menos semestralmente. Se fomentará la convivencia y la relación entre hermanos siempre que ello redunde en interés de los menores, procurándose la estabilidad residencial de los menores, y, en la medida de lo posible, se intentará que el acogimiento tenga lugar preferentemente en un Centro ubicado en la provincia de origen del menor. Además, la Administración ha de potenciar la preparación escolar y ocupacional de los menores, al objeto de facilitar su inserción laboral.

El acogimiento residencial sólo podrá ser acordado por la autoridad judicial o por el órgano administrativo competente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 172 C.c. Y en el caso de Andalucía, el órgano administrativo competente para acordar el acogimiento residencial de un menor será la Comisión Provincial de Medidas de Protección, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.d) del Decreto 42/2002, de la Junta de

⁶²² GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección al menor*, cit. [TOL 460.474].

Andalucía sobre desamparo, tutela y guarda administrativa.

En el supuesto de que se acuerde judicialmente el ingreso de un menor, para su protección, en un centro de acogimiento residencial, la Comisión Provincial de Medidas de Protección, procederá a la designación de aquél que mejor se adapte a dicha medida (art. 4.3 del Decreto 355/2003).

Por su parte, el art. 87 de la Ley 17/2006, integral de atención y de derechos de infancia y adolescencia de Illes Balears establece que debe constituirse subsidiariamente, confiando la persona menor de edad a una Entidad pública o privada colaboradora acreditada, cuando, el órgano competente entienda que la persona menor de edad en situación de desprotección debe ser separada de su entorno familiar, y concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Que se prevea que la situación de desprotección va a ser transitoria.
- b) Que los equipos técnicos competentes referidos en el art. 70 de esta Ley, desaconsejen el acogimiento familiar.
- c) Que no existan familias o personas idóneas, en los términos del art. 80 de esta Ley, para acogerla.
- d) Que aun concurriendo los requisitos para el acogimiento familiar preadoptivo, éste no se haya constituido.

Excepcionalmente, en los casos de urgencia en los que no pueda acudir a la autoridad administrativa o judicial, el ingreso de la persona menor de edad será no obstante llevado a efecto, comunicándose luego la incidencia al órgano competente tan pronto como sea posible, a fin de que se proceda al estudio de la situación de la persona menor de edad y se resuelva lo que proceda.

Todo ingreso en acogimiento de una persona menor de edad en un centro será notificado por escrito, de forma inmediata, a los progenitores no privados de la patria potestad, las personas que ejerzan la tutela o la guarda, e igualmente comunicado al Ministerio Fiscal.

Los criterios de selección de los centros de acogimiento residencial de personas menores de edad serán establecidos reglamentariamente, pero en cualquier caso serán totalmente abiertos, integrados en un barrio o comunidad y organizados de forma que se adecuen a las características y necesidades de la persona menor de edad y permitan una

atención personalizada.

El acogimiento residencial de personas menores de edad con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas graves o alteraciones psiquiátricas, que estén sujetos a medida de protección, se llevará a efecto en centros específicos en los que se garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

4.3.2.- Los Centros de acogida. Características y funcionamiento

Se considerarán Centros de protección los establecimientos destinados al acogimiento residencial de los menores sobre los que se haya adoptado alguna de las medidas contempladas en el art. 172 C.c. Los Centros garantizarán una atención adecuada a las necesidades que presenten cada uno de los menores, promoviendo el desarrollo de las diversas dimensiones de su personalidad y orientando su conducta durante la estancia en los mismos. La inspección de los mismos corresponde al Ministerio Fiscal⁶²³.

En Andalucía, los Centros de protección se clasifican en casas y residencias. Tienen la consideración de casas los núcleos de con vivencia ubicados en viviendas normalizadas que siguen los patrones de unidades familiares, y de residencias los centros que agrupan varios núcleos de convivencia similares a las casas y en los que los menores acogidos comparten habitualmente espacios comunes⁶²⁴.

Los Centros de acogida se configuran como recursos alternativos a la intervención en un entorno familiar, destinados a su alojamiento temporal, atención

⁶²³ En la Memoria del MF. de 2014 (pág. 460) se recoge esta actividad inspectora, que se intensifica cuando se trata de centros de primera acogida y destinados a MENAs y adolescentes con trastornos de comportamiento. Las incidencias constatadas en estos centros durante el año 2014 y de las cuales se hace eco la Memoria, consisten en: 1) se ha denunciado la coexistencia de niños y niñas en los centros de Málaga. 2) En Las Palmas se lamenta de la creación de «centros verticales» que acogen niños de 3 (o incluso de 0 en Fuerteventura) hasta 18 años, encubriendo que, por razones presupuestarias, se han suprimido en las islas menores centros específicos para acoger niños de corta edad. 3) Por otro lado, tanto en Castellón como Barcelona se hace un elogio de la labor realizada por los profesionales de los diferentes centros de protección por su actitud positiva hacia los menores acogidos. Sólo en uno de los 120 centros visitados en Barcelona se observaron deficiencias a corregir. Y, por último, reconoce la FGE que se constata más bien la intervención supletoria que desde la Entidad Pública se realiza ante la insuficiencia de recursos de salud o educación.

⁶²⁴ Arts. 17 y 19 del Decreto andaluz 355/2003.

integral individualizada y guarda cuando los demás recursos resulten inviables, insuficientes o inadecuados o cuando, consideradas las necesidades de aquéllos, constituyan la mejor manera de satisfacerlas.

La actividad de los centros para el acogimiento residencial tendrá como finalidad garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y la adecuada cobertura de las necesidades físicas, psíquicas, emocionales y sociales de cada menor alojado, tratar las consecuencias de la desprotección, procurar su pleno desarrollo personal y favorecer su integración familiar y social, proporcionándole el estilo de vida más normalizado y acomodado a sus condiciones y circunstancias, y manteniendo, siempre que sea posible, la proximidad y los contactos con el entorno de referencia⁶²⁵.

La atención a los menores acogidos, conforme al programa residencial a desarrollar, responderá a los siguientes fines:

a) Favorecer su normalización e integración. Para ello, los Centros estarán abiertos a la comunidad, de modo que los menores atendidos en los mismos participen de los recursos normalizados de su entorno.

b) Intervenir de forma individualizada, de acuerdo con las necesidades personales, familiares, educativas y sociales de cada menor, planificando las actuaciones necesarias en relación con la alternativa explicitada en su plan de intervención.

c) Fomentar las relaciones personales, la madurez afectiva y el desarrollo íntegro de la personalidad.

d) Estimular su desarrollo integral para lograr niveles suficientes de autonomía personal, formativa, social y laboral.

e) Favorecer sus vínculos familiares y filiales, con el fin de potenciar su autoestima y afectividad. Para ello, se tendrá en cuenta la proximidad al núcleo de origen y la asistencia conjunta del grupo de hermanos, excepto en aquellos casos en que se consideren contrarios a los intereses de los menores u obstaculicen el proceso de integración.

⁶²⁵ Art. 3 de Decreto 54/2005, de 7 de julio, de Castilla y León, por el que se regula el régimen de organización y funcionamiento de los centros específicos destinados a la atención residencial de menores con medidas o actuaciones de protección.

f) Promover alternativas al acogimiento residencial, preferentemente de tipo familiar, ya sea con su propia familia o con familia ajena.

g) Fomentar la solidaridad y la sensibilidad hacia los problemas de la infancia, con la realización de actividades pro movidas por el propio Centro y la participación en otras externas, buscando la implicación de otras instituciones, entidades y colectivos de la comunidad⁶²⁶.

Todos los centros deben cumplir la legislación vigente en cuanto a normas sanitarias, arquitectónicas y de seguridad e higiene, así como las que, específicamente, se establezcan en el presente Reglamento y en las órdenes que lo desarrollen.

Salvo que las circunstancias específicas aconsejen otro emplazamiento más adecuado, los centros de atención a menores han de estar ubicados en el casco urbano o próximos al mismo, en zona salubre no peligrosa para la integridad de los menores; en lugares de fácil acceso rodado, con una adecuada red de transportes públicos y cercanos a los equipamientos y recursos comunitarios⁶²⁷.

En cuanto al funcionamiento, los Centros de protección, en líneas generales, deberán tener un reglamento interno de organización y funcionamiento, en el que se reflejen los derechos de los menores, las normas de convivencia y los criterios para el ejercicio de la potestad de corrección, con sujeción en todo caso a las disposiciones de la norma administrativa que los regule, con la finalidad de que tanto las personas menores de edad como los progenitores o las personas que ejercen la guarda conozcan de manera clara sus derechos y sus obligaciones.

Todos los reglamentos de régimen interno deben ser aprobados por la Administración pública competente en materia de protección de personas menores de edad, y establecerán, como mínimo: los sistemas pedagógicos y de observación que deben adoptarse y las etapas previstas para la reinserción; la cualificación y las funciones de cada uno de los profesionales de los centros y el funcionamiento del equipo educativo; la metodología del trabajo educativo y la documentación que permita hacer un seguimiento sistemático de las intervenciones y de su evaluación; el régimen

⁶²⁶ Art. 18 del Decreto andaluz 355/2003.

⁶²⁷ Art. 2 del Decreto 40/2000, de 15 marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los centros de atención a menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

de visitas y de contactos con el exterior; la relación con la autoridad administrativa o judicial correspondiente y el sistema de informes y el alcance de las intervenciones educativas.

La documentación con la que debe contar el centro y conforme con el apartado anterior, será como mínimo: el proyecto general de centro; el reglamento de organización y funcionamiento del centro; el plan anual, el presupuesto y la memoria de gestión y el proyecto educativo individual de la persona menor de edad⁶²⁸.

Los centros de acogimiento residencial, atendiendo a su titularidad, pueden ser:

- a) Centros de titularidad pública, de gestión directa por parte de la Administración pública competente en materia de protección de personas menores de edad.
- b) Centros de titularidad privada con contrato o concierto con la Entidad pública competente en materia de protección de personas menores de edad, a las que corresponde su autorización, acreditación, habilitación e inspección⁶²⁹.

4.4. El acogimiento en hogar funcional

La Ley Italiana de 4 de mayo de 1983, en su art. 2, permite a la *comunità di tipo familiare* el acogimiento de menores. NORIEGA RODRIGUEZ cita a LLEBARÍA SAMPER⁶³⁰, quien, resumiendo diversos pronunciamientos doctrinales italianos, afirma que la *comunità di tipo familiare* constituye una formación social funcionalmente equiparada a la familia en dónde genéricamente no podría encontrar acogimiento más de ocho o diez niños, so pena, en caso contrario, de convertirse en un instituto asistencial. Nuestra Ley de 1987, que en tantos aspectos reflejó los preceptos de la Ley Italiana, no recogió dicha figura.

Según DE PALMA del TESO⁶³¹ este tipo de acogimiento se encuentra a medio camino entre el acogimiento familiar y el residencial. En nuestro Ordenamiento, el

⁶²⁸ Arts. 89 y 90 de la Ley Balear.

⁶²⁹ Art. 91 de la Ley Balear.

⁶³⁰ NORIEGA RODRÍGUEZ: *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, cit., págs. 93 a 94.

⁶³¹ DE PALMA DEL TESO: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, cit. Id. vLex: VLEX-400135890; <http://vlex.com/vid/400135890>.

acogimiento en hogar funcional se ha contemplado en algunos casos como un tipo de acogimiento familiar y, en otros ha sido concebido como una forma de acogimiento residencial.

El hogar funcional sería una entidad o núcleo de convivencia similar al familiar, formado por uno o más adultos responsables con la debida formación, a quienes la Administración encomienda la guarda del menor.

Así, en La Rioja⁶³² o Canarias⁶³³, se considera hogar funcional el núcleo de convivencia permanente similar al familiar, en el que su responsable o responsables residen habitualmente. Las personas responsables del hogar funcional deben ser declaradas previamente idóneas por la Administración tras acreditar, entre otros extremos, que tienen la debida preparación para desarrollar adecuadamente las funciones encomendadas. Este tipo de acogimiento tiene carácter remunerado. Los responsables del hogar funcional actúan en estrecha colaboración con la Administración y tienen encomendadas funciones que requieren cierta especialización, resultando obligados a informar periódicamente sobre la situación personal de los menores acogidos y, cuando fuera necesario, realizar propuestas razonadas sobre las medidas de amparo que resulte conveniente aplicar.

A nuestro modesto entender, se trata de un tipo de acogimiento residencial, puesto que no se trata de un acogimiento dentro del núcleo familiar, sino de un centro de reducido tamaño acreditado por la Entidad pública.

Nuestro parecer encuentra acomodo en la normativa de la Comunidad de Castilla y León, la cual hace una clasificación exhaustiva de los hogares funcionales en el Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección, y en el Decreto 54/2005, de 7 de julio, por el que se regula el régimen de organización y funcionamiento de los centros específicos destinados a la atención residencial de menores con medidas o actuaciones de protección.

De acuerdo con las características de la población que atiendan y de las

⁶³² Art. 83 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja.

⁶³³ Art. 67 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los menores de Canarias.

funciones que cumplan, se distinguen los siguientes tipos de centros específicos de protección:

- a) Hogar: el centro con capacidad no superior a diez plazas.
- b) Residencia: el centro con capacidad superior a diez plazas.
- c) Unidad: la agrupación funcional y de convivencia integrada en un centro o adicionada a él, con funciones y objetivos específicos propios para la atención de menores seleccionados en razón de sus características, circunstancias o necesidades.
- d) Hogares, Unidades y Residencias de Acogida: los centros para la atención inmediata o de urgencia de menores en situación de crisis familiar o de grave riesgo de desprotección.
- e) Residencias de Protección: los centros para la atención integral y programada de menores con más de ocho años de edad, en un marco de convivencia adecuado y mediante estancias de permanencia, cuando el ambiente familiar no reúna, de forma temporal o permanente, las condiciones mínimas para su protección.
- f) No obstante lo establecido en el párrafo anterior, las Residencias de Protección podrán atender, con carácter excepcional, a menores de edad inferior a la señalada, ya sea para permitir el alojamiento de hermanos en el mismo centro o cuando así se determine por razones debidamente justificadas. Asimismo, para atender estos supuestos, las Residencias de Protección podrán acoger o mantener a menores que hayan superado la franja de edad determinada para éstas.
- g) Viviendas Hogar: los centros ubicados en viviendas normalizadas no diferenciables de las de su entorno, con capacidad inferior a diez plazas, para procurar al menor la atención en un ambiente de convivencia análogo al familiar.
- h) Hogares Tutelados: los centros ubicados en viviendas normalizadas no diferenciables de las de su entorno, con régimen de autogestión supervisada y capacidad no superior a ocho plazas, para procurar al menor, a partir de los catorce años alojamiento temporal y atención programada para facilitar su integración socio-laboral y su autonomía e independencia progresivas.
- i) Centros y Unidades de Día: los centros para la permanencia del menor en el

ámbito de la acción de protección, así como para la ejecución de la medida de asistencia correspondiente en el ámbito de reforma, durante algunas horas del día, fuera en su caso del horario escolar, en aquellos supuestos en los que las circunstancias socio-familiares graves dificultan su cuidado adecuado en el núcleo familiar, con el que no obstante es posible y deseable que aquél mantenga contacto diario, para proporcionarle la atención que dichas circunstancias requieran y facilitar a las familias un soporte y apoyo complementarios.

- j) Hogares, Unidades y Residencias para la Socialización: los centros destinados a menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social, en los que, en el marco de la acción protectora, se lleva a cabo una intervención de carácter intensivo, compensatorio e integral, de orientación socio-educativa y/o terapéutica, centrada primordialmente en el área personal, para promover en ellos la modificación de actitudes y la adquisición de normas de convivencia que favorezcan su proceso de socialización. Las Unidades destinadas a la atención de los menores en estos supuestos se constituirán como Unidades Intermedias para la Socialización.

Para la atención de los menores que presenten problemas de conducta para cuya modificación sea precisa una intervención que se configure sobre medidas de contención y de restricción de la libertad personal, las Unidades se constituirán como Centros de Educación Especial, dispositivos que tendrán la condición de los establecimientos contemplados en el art. 271.1.º C.c.

V.- LA IDONEIDAD DE LOS ACOGEDORES. SU IMPORTANCIA Y VALORACIÓN

Conocidos los trazos generales del acogimiento, surge la pregunta de quiénes pueden ser acogedores.

El art. 173 C.c. nada dice respecto a dicha cuestión⁶³⁴, si bien, de su texto, así

⁶³⁴ Como señala SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 581, la ley sólo dice: en 172.3, “*persona o personas*”; en 173.1 “*quien lo recibe*”; en 173.2, “*las personas que reciban al menor*”; en 173.3.2º (actualmente, 173.4.2º), “*las personas que lo tienen acogido*”.

como del art. 172, se desprende que pueden serlo una o varias personas.

No se exige que se trate de una pareja casada. Según la Disp. Adic. 3ª de la Ley 21/1987, “*las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente y por relación de afectividad análoga a la conyugal*”. Sin embargo, después del paso de tantos años desde entonces y ante la realidad jurídica actual, creemos que la pareja no matrimonial no ha de ser pareja de hecho registrada como tal ni tampoco necesariamente heterosexual.

No se exige especial capacidad para ser acogedor, aunque, dado que se contempla la necesidad de que preste su consentimiento, es de suponer que ha de tener capacidad de obrar suficiente para prestarlo⁶³⁵.

En opinión de VARGAS CABRERA⁶³⁶, resulta discutible la aplicación a los acogedores de las causas de inhabilitación de los arts. 243 y 245 C.c. Por ello, la analogía habría de fundarse en la aplicación de aquellas causas en las que subyace la creencia del legislador de que se es idóneo también para el ejercicio del contenido personal de la institución tutela. Así, el art. 243.1 y 2 C.c., inhabilitarán para el acogimiento si la privación o suspensión de la patria potestad o guarda y remoción de la tutela se fundamenta en incumplimientos de deberes tuitivos de orden personal, y en el caso del punto 4, cuando la condena penal sea consecuencia de un delito que guarde relación con los deberes. En relación a ello, tampoco sería aplicable el art. 245 C.c.⁶³⁷.

Así las cosas, además de capacidad para prestar consentimiento, teniendo en cuenta lo que el acogimiento implica, la principal exigencia es que quien acoja tenga idoneidad para estructurar una situación familiar, presentando ese contenido íntimo, personal y directo que se deriva de la expresión “*plena participación*” en la vida familiar.

No cabe duda de que el acogimiento, plantea una multiplicidad de acciones y toma de decisiones profesionales, ninguna de ellas fácil de llevar a cabo, en especial, el examen de la idoneidad de los acogedores para posibilitar el éxito de la medida de

⁶³⁵ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 581.

⁶³⁶ VARGAS CABRERA: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, cit., pág. 670.

⁶³⁷ VARGAS CABRERA: *Op. cit.*, págs. 670 y 671.

protección⁶³⁸.

Es preciso captar familias y hacerlo, no para el acogimiento en general, sino para cada una de sus modalidades específicas; una vez captadas, las familias deben ser informadas y preparadas para las diversas tareas que, como acogedoras, tendrán que enfrentar; la valoración de idoneidad debe determinar en qué medida una familia concreta parece una buena opción para responder a las necesidades infantiles en acogimiento familiar, así como para decidir para qué tipo de acogimiento parece más adecuada; una vez que el acogimiento empieza, será en muchos casos necesario hacer un seguimiento cercano que permita valorar cómo se están desarrollando las relaciones y cuáles son los apoyos que las personas acogedoras o los niños y niñas en acogimiento necesitan para que su experiencia sea más satisfactoria; frecuentemente, cuando hay régimen de visitas, hace falta un trabajo especial de apoyo en torno a las dificultades que para unos y otros pueden surgir; en algunos casos, hay que plantearse un cambio en la modalidad de acogimiento, lo que exigirá una complicada toma de relaciones; si el acogimiento finaliza, tanto la familia de acogida como el niño o la niña que ha estado en acogimiento necesitarán seguramente algún tipo de apoyo que facilite su transición a la nueva situación.

En acogimiento familiar, pues, las intervenciones profesionales se multiplican, lo que, a veces, supone también una multiplicación de los agentes de intervención (quienes se encargan de la captación de familias o de su preparación, por ejemplo, pueden no ser los mismos que quienes se responsabilizan de los seguimientos y los apoyos). No hace falta decir que, además, esas intervenciones profesionales están sometidas a la exigencia de una buena calidad de las actuaciones para que respondan a la complejidad de los asuntos en juego y de las necesidades de las personas implicadas. Por sus especiales características, una medida como el acogimiento familiar difícilmente

⁶³⁸ En la Memoria del Ministerio Fiscal del año 2014 (pág. 458), se pone de manifiesto que, durante dicho, se ha producido un descenso en el número de acogimientos y adopciones (Madrid, Lugo...), entre otras causas, debido a la necesidad de mantener altos niveles de idoneidad en los acogedores.

puede salir adelante con éxito sin intervenciones profesionales que estén a la altura de la complejidad de las necesidades de todas las personas implicadas⁶³⁹.

El informe de valoración de idoneidad es la culminación de todo el trabajo que se ha llevado a cabo a través de entrevistas, cuestionarios, pruebas, información obtenida de otras fuentes y visita domiciliaria. El objetivo fundamental del informe es exponer en qué medida, tras las indagaciones y exploraciones llevadas a cabo, se considera que el adulto o los adultos objeto de estudio parecen o no reunir las capacidades que se consideran necesarias para responder adecuadamente a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que necesitan estar en acogimiento.

Lógicamente, en los casos de acogimiento de hecho o de aquellos en los que ya exista relación previa, el informe se referirá a las capacidades concretas para el menor o la menor de que se trate, siendo importante, en este caso, que se haga referencia frecuente a las evidencias sobre la relación que se han obtenido en el curso de la exploración.

En el caso de personas en las que lo que se valora es su potencial capacidad para acoger, será importante concretar si, caso de considerarse idóneas, lo son para un cierto tipo de acogimiento en función de la tipología (simple, permanente), de la edad (más pequeños o más mayores), de las necesidades especiales (grupos de hermanos y hermanas, problemas evolutivos, de comportamiento o educativos relevantes...). Por otra parte, el informe debe valorar sus capacidades, pero tiene que referirse también a aquellas dificultades que se consideran subsanables a través de la intervención profesional. En este caso, el informe de valoración de idoneidad debe ser claro respecto a si se considera que tales apoyos deben o no darse inexcusablemente antes de que el acogimiento pueda comenzar.

Aunque la valoración de idoneidad suele llevarse a cabo por dos profesionales, el informe final debe ser realizado y ha de ir firmado por ambos, lo que obliga a un trabajo conjunto y a un consenso sobre los contenidos a reflejar y, por supuesto, sobre la conclusión final favorable o desfavorable.

⁶³⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, Jesús: “Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar”, Junta de Andalucía, Granada, 2014, págs. 16 y 17 ((http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4296).

Tras un primer apartado en que se especifican las condiciones de realización de la valoración (profesionales que la han realizado, número y circunstancias de las entrevistas, técnicas y pruebas utilizadas...), se debe hacer una descripción de la composición del hogar que ha sido objeto de valoración (miembros del núcleo familiar, edades, relaciones, personas no presentes en el hogar pero que por alguna razón formen también parte de los contenidos del informe...).

Seguidamente, se irán presentando ordenadamente los hallazgos obtenidos respecto a cada uno de los grupos de capacidades que han sido objeto de valoración profesional, con el detalle de los datos más relevantes. Se sugiere terminar cada uno de los apartados con una breve síntesis que permita hacerse una idea de conjunto respecto a los contenidos que en cada caso se estén considerando.

Terminada esta parte más analítica, se sugiere una síntesis de lo que se consideran los principales puntos fuertes de las personas acogedoras potenciales o de hecho, es decir, de los indicadores favorables de cara a una propuesta de acogimiento. La síntesis de los puntos débiles, o indicadores de riesgo, debería venir a continuación, con mención expresa de su carácter transitorio o permanente, así como de su gravedad.

Se debería indicar, a continuación, si se consideran necesarios apoyos para hacer viable el acogimiento, señalando, en su caso, cuáles, con qué finalidad y quiénes deberían proporcionarlos, así como su carácter más o menos imprescindible de cara a la formalización (o la continuidad) de un acogimiento.

En todos los casos, pero, particularmente, cuando se haya hecho referencia a la necesidad de apoyos para asegurar el éxito del acogimiento, deberá hacerse una mención al plan de seguimiento que se considera necesario una vez comenzado el acogimiento (o tras acordar la continuidad del ya existente).

El informe debe cerrarse con una breve síntesis global, con una propuesta clara y concreta de idoneidad positiva o negativa, con la fecha de su realización y con la firma del equipo de profesionales que lo ha llevado a cabo⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ PALACIOS GONZÁLEZ: “Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar”, cit., págs. 135 y 136.

5.1.- Criterios generales

Teniendo en cuenta que la competencia para legislar sobre el acogimiento se encuentra delegada en las CCAA, examinaremos, a continuación, cómo se lleva a cabo la valoración de la idoneidad de los solicitantes de la misma en la de Andalucía, en función, siempre, del interés de los menores.

Ante todo, es preciso señalar que el art. 13 del Decreto 282/2002, establece que la idoneidad de las personas para el acogimiento familiar, en sus diversas modalidades, o la adopción, garantiza su aptitud para cubrir las necesidades del menor y cumplir las obligaciones establecidas legalmente, ofreciéndole la estabilidad, el afecto, la estimulación, el cuidado y el respeto a sus señas de identidad que le permitan un desarrollo integral.

El Decreto andaluz, en su art. 14, establece los siguientes criterios generales para la valoración de la idoneidad de los solicitantes:

- a) Existencia de motivaciones adecuadas y compartidas para el acogimiento familiar o para la adopción;
- b) Capacidad afectiva;
- c) Ausencia de enfermedades y/o discapacidades físicas o psíquicas que por sus características o evolución perjudiquen o puedan perjudicar el desarrollo integral del menor;
- d) Estabilidad familiar y madurez emocional de los solicitantes, así como, en su caso, la aceptación del acogimiento familiar o la adopción por parte del resto de las personas que convivan con ellos;
- e) Capacidad de aceptación de la historia personal del menor y de sus necesidades especiales, en su caso;
- f) Habilidades personales para abordar las situaciones nuevas que se puedan producir como consecuencia de la relación con el menor;
- g) Apoyo social que puedan recibir por parte de la familia extensa u otros;
- h) Actitud positiva y flexible para la educación del menor, y disponibilidad de tiempo para su cuidado y ocio;
- i) Actitud positiva y disponibilidad para el seguimiento y orientación en el proceso de integración del menor y la familia;

- j) Condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda e infraestructura del hábitat;
- k) Nivel de integración social de la familia;
- l) Y capacidad de aceptación de diferencias étnicas, culturales y sociales de los menores.
- m) El citado precepto, en su nº 2, establece que salvo que en el proceso de valoración se detectase la presencia de algún factor por sí mismo excluyente, la toma en consideración de los diferentes criterios se realizará de forma que exista una adecuada ponderación de los mismos.

La valoración de idoneidad requiere de la utilización de una serie de técnicas de trabajo profesional que permitan concretar todos los aspectos ya apuntados. La valoración debe centrarse, fundamentalmente, en evidencias mucho más que en análisis del pasado o de rasgos sociales o psicológicos, aunque desde luego no debe menospreciarse la utilización de datos procedentes de la historia pasada, de las circunstancias sociales o de características psicológicas relevantes.

Para ello, la metodología a seguir en el procedimiento de estudio y valoración de los solicitantes de la declaración de idoneidad viene descrita por el art. 13.2 de la norma andaluza, conforme al cual aquél comprende dos fases diferenciadas:

1.- Participación en sesiones informativas y formativas. Con objeto de facilitar a los interesados la toma de decisiones sobre su proyecto de adopción o acogimiento familiar, éstos participarán en sesiones informativas y formativas sobre los requisitos y aspectos legales, psicológicos, sociales, educativos y de otra índole que resulten esenciales en los citados procesos, que se realizarán por el órgano correspondiente de la Consejería competente en la materia, directamente. La participación en las sesiones informativas y formativas a que se refiere el párrafo anterior no dará lugar a valoración o juicio sobre los interesados, siendo independiente de la valoración de sus circunstancias personales.

2.- Entrevistas, que versarán sobre la identidad, situación personal y sanitaria de los solicitantes, sus motivaciones, capacidades educativas y medio social. Se realizará, al menos, una visita al domicilio de los solicitantes. Con la finalidad de lograr la máxima objetividad en la valoración, se podrán incluir cuestionarios y pruebas

psicométricas, quedando obligados los solicitantes a cumplimentar los cuestionarios y pruebas que se le indiquen.

Por consiguiente, respecto a la valoración de idoneidad, se realizan sesiones informativas y formativas, así como entrevistas y, al menos, una visita domiciliaria, pudiendo, opcionalmente, incluirse cuestionarios y pruebas psicométricas.

De este modo, la valoración para el acogimiento familiar debe implicar la de las necesidades del niño o la niña que necesita estar en acogimiento y la de las capacidades de los adultos que se ofrecen para acoger. En el caso de acogimientos de hecho o de aquellos en los que se buscan personas acogedoras para un menor o una menor en concreto, la valoración debiera empezar por sus características y necesidades, siguiendo luego la de los adultos objeto de valoración. En los demás casos, donde la valoración para el acogimiento se hace sin un niño o una niña concreto en mente, la valoración de idoneidad tendrá que empezar, necesariamente, por la de las capacidades de las potenciales familias acogedoras en relación con lo que son las necesidades habituales de quienes necesitan acogimiento. Posteriormente, de cara a la decisión sobre la asignación de un niño o niña concreto para esa familia, será necesario valorar sus necesidades concretas y asegurarse de que la familia que se esté considerando para su acogimiento reúne las características necesarias para responder a ellas.

Por otra parte, para la acumulación de las evidencias que se buscan, además de la información obtenida directamente por los equipos de profesionales que lleven a cabo la valoración, será, en ocasiones, necesario servirse de una variedad de informes y documentos que con toda probabilidad existen ya en los servicios sociales comunitarios o en el propio sistema de protección. Si se considera relevante, deberá también obtenerse cualquier otra información de tipo médico, psicológico, educativo, social, policial, etc., que ayude a formarse una idea lo más completa posible de la problemática existente en el núcleo familiar del que el niño o la niña han tenido que ser separados o del que se planea llevar a cabo una separación, de las características del menor y de las personas cuya valoración de idoneidad se está llevando a cabo. El contacto con otros profesionales será imprescindible a estos efectos⁶⁴¹.

⁶⁴¹ PALACIOS GARCÍA: “Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar”, cit., pág. 128.

5.2.- Criterios específicos de valoración

Junto a los criterios generales, los arts. 15 y 16 del Decreto andaluz recogen unos criterios específicos según se trate de acogimientos sin posibilidad de adopción, o con perspectivas de adopción, como en el caso del preadoptivo. Por consiguiente, si unos acogedores resultaron idóneos para un acogimiento simple, pueden no serlo para un acogimiento preadoptivo.

El art. 15 recoge los criterios específicos para valorar la idoneidad en los acogimientos familiares simple y permanente. Mientras para el acogimiento familiar simple los acogedores deben aceptar la temporalidad del acogimiento así como la consideración de la familia biológica como figura activa, en el caso del permanente se requiere a los acogedores la aceptación de una situación sin límite temporal predeterminado; la ausencia de expectativa de adopción; la ausencia de previsión de retorno y la aceptación de la relación del menor con su familia biológica.

Por su parte, el art. 16 establece, en pura lógica, los mismos criterios específicos para el acogimiento familiar preadoptivo que para la adopción. En estos casos, la valoración de la idoneidad para el acogimiento preadoptivo y la adopción se realizará empleando, con carácter específico, los siguientes criterios: adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que aquéllos estén dispuestos a adoptar, siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de cuarenta y dos años con el más joven de los solicitantes (esta diferencia podrá ser superior en los supuestos de preferencia recogidos en el art. 18, en función de las habilidades especiales de los interesados); en los casos de infertilidad, tener una vivencia madura y de aceptación de esta circunstancia; capacidad para revelar al menor la condición de adoptado y el apoyo en la búsqueda de los orígenes; y capacidad económica que garantice la cobertura de las necesidades básicas del menor.

VI.- FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ACOGIMIENTO. LA OPOSICIÓN A LA MISMA

6.1.- La constitución administrativa

En cuanto a la constitución del acogimiento, asumida la tutela automática de un menor, la Entidad pública puede ejercer su guarda, según declara el art. 172 C.c., a través de un acogimiento familiar o por medio de un acogimiento residencial. Lo habitual es que la misma resolución administrativa que constate el desamparo acuerde, aunque sea de forma provisional, esta medida de protección.

Por tanto, la intervención judicial solamente se hace precisa cuando falta la voluntad espontánea de quienes tienen la guarda del menor, para que se lleve a cabo la medida o bien cuando se oponen abiertamente a ella.

De esta forma, y desde el punto de vista de la constitución en vía administrativa del acogimiento, el consentimiento de los padres o del tutor se perfila como un elemento esencial.

En ese sentido, el AAP. de Madrid de 14 de enero de 1997⁶⁴² señala que *“la figura del acogimiento de menores que regulan los artículos 172 y siguientes del Código Civil), en sus aspectos sustantivos, y artículos 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus facetas procedimentales judiciales, no es, al contrario de lo que acaece con la adopción, de obligada, en cualquier caso, constitución judicial, al bastar, en principio, su formalización administrativa, con el consentimiento de la Entidad pública, así como el de las personas que reciban al menor y de éste si fuera mayor de doce años; dicho requisito se hace extensivo igualmente a los padres que no estuviesen privados de la patria potestad, y sólo en defecto de tal consentimiento o caso de oposición al acogimiento, es cuando se precisa, de conformidad con el artículo 173.2 del referido Texto Legal, la intervención judicial para acordar, en su caso, tal instrumento de protección del menor, bajo la directriz del prioritario interés del mismo, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

⁶⁴² AC 1997, 216.

El procedimiento de constitución del acogimiento administrativo no está descrito ni en el C.c. ni en la LEC., limitándose el C.c. a indicar que “*se formalizará por escrito*” (no se especifica si debe tratarse de documento público). En las legislaciones autonómicas sí encontramos su regulación con más detalle.

Ha de abrirse un expediente, el cual deberá contener una serie de consentimientos o declaraciones de voluntad además de la previsión de las circunstancias en que se desarrollará aquél, así como las relativas a la idoneidad de los acogedores, debiendo remitirse dicho documento de formalización al Ministerio Fiscal (art. 173.2 C.c.).

En cuanto a las personas llamadas a prestar su consentimiento, son las siguientes: la Entidad pública competente, en todo caso, aunque no tuviera la tutela o la guarda; las personas que deban actuar como acogedoras; el propio menor, cuando sea mayor de doce años; los padres que no hayan sido privados de la patria potestad o los tutores.

Por regla general, el procedimiento para constituir el acogimiento se ajusta a una serie de formalidades extrajudiciales llevadas a cabo por la Administración, de manera que la intervención judicial solamente se hace precisa cuando las faltan declaraciones de voluntad o bien éstas son contrarias a la adopción de la medida del acogimiento.

Por consiguiente, si alguna de las personas que han de prestar su consentimiento se negara a ello, en tal caso será el propio Juez (y no la Entidad pública competente) quien deba acordar el acogimiento, si bien, mientras el Juez resuelva lo procedente, la Entidad pública puede acordar un acogimiento familiar provisional.

Así las cosas, tratándose de un acogimiento familiar, el art. 173.2 C.c. exige expresamente que conste en el documento en que éste se formalice, el consentimiento de los padres o tutores a la adopción de esta medida de protección. No concurriendo aquél, y de acuerdo con el art. 173.3 C.c., la Entidad pública tiene necesariamente que trasladar la cuestión al ámbito judicial, pues, ante la ausencia de tal consentimiento, sólo el Juez puede acordar su constitución a través de los trámites previstos en la LEC-1881 (arts. 1828 y ss.).

De esta forma, y desde el punto de vista de la constitución en vía administrativa del acogimiento, el consentimiento de los padres o del tutor se perfila como un elemento

esencial, si bien, en tanto recae la pertinente resolución judicial, la Entidad pública puede acordar el acogimiento provisional (art. 173.2 y 3 C.c.)⁶⁴³. Por consiguiente, es la oposición o la ausencia de consentimiento de los padres o del tutor a la constitución del acogimiento lo que determina que la cuestión se traslade al ámbito judicial y sea el Juez quien, en última instancia, constituya el acogimiento.

La resolución administrativa de acogimiento es un hecho que puede ser anotado en el Registro Civil *ex* art. 154.3º RRC.

6.2.- La constitución judicial

En opinión de GOZALEZ PILLADO y GRANDE SEARA, se trata de un procedimiento residual, en coherencia con el afán del legislador de desjudicializar la formalización del acogimiento, pues sólo se acudiría al juez en los dos supuestos previstos en el art. 173.3 C.c.: de un lado, cuando los padres o el tutor no presten su consentimiento al acogimiento; y, de otro, cuando se opongan a la formalización del mismo. Además, de la lectura del art. 1828.3 LEC-1881 parece derivarse un tercer supuesto que permitiría acudir a este procedimiento: aquellos casos en que *“no se haya podido conocer el domicilio o paradero de los padres o tutores, o si citados no comparecieren”*.

El procedimiento de constitución judicial de acogimiento es de naturaleza constitutiva; en el mismo, el Juez realizará un control de legalidad y comprobará la concurrencia de los requisitos legales del acogimiento, la justificación de la medida y su conveniencia para el menor⁶⁴⁴.

⁶⁴³ DÍEZ GARCÍA: “Desamparo de menores y acogimiento”, cit. [BIB 1999\1429].

⁶⁴⁴ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: “Aspectos procesales civiles de la protección del menor”, cit. [TOL 1.210.173]. Como señala SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 581, “la decisión judicial no es mera homologación de que se han cumplido los requisitos legales, sino que tiene que examinar el fondo del asunto y resolver lo conveniente en beneficio del menor”.

6.2.1.- El expediente: incoación, consentimientos y audiencias

Conforme a lo dispuesto por el art. 1828 LEC-1881, la constitución del acogimiento, cuando requiera decisión judicial, será promovida por el Ministerio Fiscal o por la Entidad pública correspondiente.

La determinación del órgano objetivamente competente viene contemplada en la Disp. Adic. 2ª de la Ley 21/1987, cuando señala que *“para las funciones judiciales previstas en esta ley será competente el Juez de Primera Instancia, y en su caso, el que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 LOPJ”*. En consecuencia, el órgano objetivamente competente para la constitución del acogimiento será el JPI o de Familia en aquellos partidos judiciales en que se hayan creado. A la competencia territorial se refiere el art. 63.16ª LEC-1881, que la atribuye al juez *“del domicilio de la Entidad pública, y en su defecto, del domicilio del adoptante”*. Se trata de una norma imperativa para las partes y, en consecuencia, controlable de oficio por el órgano jurisdiccional.

Es facultativa la asistencia de abogado y la representación a través de procurador (arts. 4.5 y 1825 LEC-1881), siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la incoación del expediente, los únicos legitimados para promover este procedimiento son el Ministerio Fiscal y la Entidad pública correspondiente (art. 1828 LEC-1881); ni los acogedores ni el menor tienen legitimación para instar este procedimiento.

La Entidad pública iniciará el procedimiento presentando al juez una propuesta que contendrá los mismos extremos que contiene el documento de formalización del acogimiento previstos en el art. 173.2 C.c. y a los que se ha hecho ya alusión, pero añadiendo los fundamentos de Derecho aplicables al caso y la concreta petición que consistirá en que se dicte un Auto de constitución de acogimiento. Además, será conveniente que el Ente público aporte el expediente administrativo incoado previamente. Ahora bien, no debe olvidarse que es necesario observar en este procedimiento la *“conveniente reserva”* impuesta por el art. 1826.2 LEC-1881 (la misma exigencia es impuesta por el art. 173.5 C.c.), por tanto, se exige la identificación en este escrito inicial de las personas acogedoras, pudiendo remitirse conjuntamente en

sobre cerrado y dirigido al secretario judicial la documentación referente a los acogedores, que quedará archivada en la secretaría.

Esta propuesta deberá formularse de manera inmediata, una vez realizadas las diligencias oportunas y concluido el expediente, y en todo caso, en el plazo máximo de 15 días. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de actuación en interés del menor que inspira todas las medidas de protección del mismo, con el objeto de evitar que los menores permanezcan internados demasiado tiempo en un centro de acogida hasta que se constituya el acogimiento judicial, el art. 173.3 C.c. permite a la Entidad pública que acuerde, en interés del menor, un acogimiento familiar provisional que subsistirá hasta que se dicte resolución judicial.

Presentado el escrito, se dictará Providencia admitiendo a trámite la solicitud, lo que supone tener por promovido el expediente de jurisdicción voluntaria, del que se dará copia al Ministerio Fiscal, en cuanto parte necesaria de este procedimiento. Además, en este momento, se acordará la citación de los interesados en el procedimiento que deben prestar su consentimiento o simplemente ser oídos.

Una cuestión importante es si el juez puede rechazar en este momento inicial del procedimiento, la petición de acogimiento formulada por la Entidad pública cuando en la misma no consten todos los extremos contenidos en el art. 173 C.c.

La respuesta se debe buscar teniendo siempre presente el superior interés del menor y el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que no permitirá al juez inadmitir sin más la petición de constitución del acogimiento, obligándole, por el contrario, a requerir al Ente público a que, en un plazo prudencial, subsane o complete los extremos que se estimen insuficientes para la tramitación del procedimiento de constitución del acogimiento.

Por otra parte, cuando del escrito inicial se desprenda la existencia de otros hermanos que estén en las mismas circunstancias del que se propone su acogimiento, en cumplimiento del art. 172.4 C.c., se requerirá a la Entidad pública para que informe sobre la posibilidad de que el acogimiento de hermanos se confíe a la misma familia.

El art. 1828.2 LEC-1881 señala quiénes son los sujetos interesados en este procedimiento y establece la necesidad de que presten su consentimiento o de que sean oídos. En primer lugar, el menor de más de 12 años deberá prestar su consentimiento y,

deberá ser oído el menor de la edad indicada si tuviere suficiente juicio. En segundo lugar, deberá prestar el consentimiento la Entidad pública cuando ésta no haya sido la promotora del expediente. En tercer lugar, también exige la norma el consentimiento de los acogedores del menor.

La norma exige, por igual, tanto el consentimiento del menor mayor de 12 años como de la Entidad pública. Tal vez, la situación del menor debiera ser diferente, puesto que resulta muy distinta la apreciación de la conveniencia del acogimiento que puede hacer la Entidad pública, una vez recibidos los informes de sus equipos técnicos, que la del propio menor afectado, máxime si su oposición viene condicionada por circunstancias, influencias o complejos desconectados de su efectivo beneficio. Sin embargo, el tenor literal del precepto es claro: el legislador parte de la idea de que difícilmente puede conseguirse la integración del menor en un grupo familiar cuando se opone a ello y ya ha llegado a un desarrollo importante de su personalidad. Por consiguiente, ante la negativa del menor, deberá archivarse el expediente, debiendo acudir a otras normas de protección del menor, como, por ejemplo, el art. 158 C.c.

Una cuestión relativa al consentimiento de las personas obligadas es su alcance, esto es, si debe extenderse solamente al hecho del acogimiento o, por el contrario, también a la persona acogedora y al contenido de todas las cláusulas del acogimiento.

Del tenor literal del art. 1828.2 LEC-1881 se deduce que el Juez no está obligado a someter al Ente público, al menor de 12 años y a los acogedores los términos finales del acogimiento. Deberá oírlos y recibir sus propuestas pero, finalmente, acordará aquello que sea más adecuado en beneficio del menor, siendo el único presupuesto de su decisión que el menor, la Administración y los acogedores manifiesten su consentimiento en relación al acogimiento. Ahora bien, no debe olvidarse que el Juez no se pronuncia sobre la facultad de acoger o no en abstracto, sino sobre la constitución de un concreto acogimiento, de modo que sobre el mismo deberán prestar su consentimiento los sujetos obligados a ello.

Por lo que respecta a los padres no privados de la patria potestad o al tutor cuya incomparecencia u oposición expresa ha impedido la formalización del acogimiento en sede administrativa, el art. 1828 LEC-1881 distingue dos supuestos: el primero está representado por la comparecencia ante el juez de los padres no privados de la patria

potestad o no suspendidos en su ejercicio o del tutor no removido de su cargo, en cuyo caso el Juez habrá de oírles, de modo que, en la constitución judicial del acogimiento no es necesario el consentimiento de los padres o tutores del menor sino que es suficiente con la simple audiencia⁶⁴⁵; el segundo supuesto está representado por los casos en que los padres o el tutor no pudieran ser citados por desconocerse su domicilio o paradero o, habiendo sido citados, no hubieran comparecido ante el juez, en cuyo caso el Juez podrá prescindir del trámite de audiencia a los padres o al tutor.

La citación a los interesados se hará en la forma ordinaria, prescindiéndose de la citación edictal, puesto que el art. 1828.3 LEC-1881 dispone que, cuando no se haya podido conocer el domicilio o paradero de los padres o tutores, se prescindirá del trámite y el juez podrá acordar el acogimiento⁶⁴⁶.

6.2.2.- La oposición al acogimiento

Según GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, la oposición al acogimiento, pese al silencio legal, se puede formular en cualquier momento del procedimiento, desde que los padres tengan conocimiento de la propuesta de acogimiento hasta que se dicte el Auto de constitución.

En cuanto a la forma de plantearse la oposición, se podrá hacer mediante comparecencia o por medio de escrito dirigido al órgano competente para tramitar el acogimiento, o bien en el momento de la audiencia⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Como destaca SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 582, la opinión de los padres o tutores tiene diferente valor según que el acogimiento sea administrativo o judicial. “Si es administrativo tienen que consentir, mientras que si es judicial tienen que ser oídos, porque no han querido consentir ante la entidad. Por tanto, en el trámite administrativo tiene mucha mayor fuerza, porque la entidad no puede formalizar el acogimiento ante la oposición de los padres, y debe, si pretende seguir adelante con el acogimiento ante la oposición de los padres, promover ante el Juez procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que los padres sólo tienen que ser oídos”.

La SAP. de León de 22 de febrero de 2013 (JUR 2013, 121004) considera que “*entrando ya en el fondo del asunto, el art. 1828 LEC regula los trámites para la constitución del acogimiento y reserva para los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio un trámite de audiencia, sin que sea necesario su asentimiento, a diferencia de algunos supuestos de adopción donde sí se requiere éste (art. 177.2 C.c.), caso en el que si los padres han sido citados para audiencia pueden comparecer y alegar que es necesario su asentimiento, ventilándose la oposición por los trámites del juicio verbal, incidente que no es posible en ningún caso en los expedientes de acogimiento*”.

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Op. cit.*, www.tirantonline.com [TOL 1.210.173].

⁶⁴⁷ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Íbidem*.

Nosotros opinamos que cabría también la oposición a la resolución administrativa que acuerda el acogimiento, notificada personalmente a los padres por la Entidad pública, para pedirle su consentimiento, y al que éstos se niegan, por los trámites de los arts. 779 y 780 LEC-2000, en el plazo de dos meses desde la notificación, si bien, en el momento que la Administración eleve la propuesta de oposición al Juez, terminarán acumulándose en un solo procedimiento, en el que serán emplazada la parte opositora, para interponer demanda de oposición al acogimiento.

Sin embargo, en relación a ello, la SAP. de León de 16 de abril de 2009⁶⁴⁸, caso en el que se ratifica la constitución judicial de un acogimiento familiar, en su FJ. 1º recoge que *“se entendió por la recurrente, básicamente, que estamos en presencia de un supuesto de oposición a medidas administrativas en materia de menores y por ello procedió a la presentación de un escrito inicial en el que sucintamente expresaba su pretensión y la resolución a que se oponía, y tras reclamarse por el tribunal de la Administración testimonio completo del expediente y, una vez aportado, se le concedió el plazo de veinte días para presentar la oportuna demanda que ha sido tramitada por los cauces del juicio verbal (artículo 780, en relación con el artículo 753, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), más es lo cierto que dicha tramitación no se ajusta procesalmente al caso enjuiciado.*

En efecto, nos hallamos ante un supuesto de acogimiento de una menor, que, entre sus modalidades de familiar simple, familiar permanente o preadoptivo (art. 173, bis C.c.), se ajusta a la primera finalidad de acogimiento familiar provisional simple.

La competencia inicial para decidir acerca de un acogimiento corresponde a la Entidades administrativas tutelares y en el seno de su expediente deben recabar el consentimiento de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del tutor, en su caso (artículo 173.2 del Código Civil). Cuando los padres o tutor no presten su consentimiento al acogimiento o se opongan a la formalización del mismo en sede administrativa (173.3 CC), o en aquellos casos en que no se haya podido conocer el domicilio o el paradero de los padres o tutores, o si citados no comparecieren, según se desprende de la lectura del artículo 1828.3 LEC de 1881, corresponde a la

⁶⁴⁸ JUR 2009, 219456.

institución pública acudir a los organismos jurisdiccionales para que sancionen o no la constitución del acogimiento, en cuyo caso el art. 173.3 del Código Civil dispone que el Juez, en interés del menor, resolverá la controversia conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 1828 de la LEC, vigente tras la reforma operada en la normativa procesal civil, establece el trámite a seguir en el acogimiento de menores, disponiendo al efecto que "a constitución de acogimiento, cuando requiera decisión judicial, será promovida por el Ministerio Fiscal o por la Entidad pública correspondiente.

El Juez, recabado el consentimiento de la Entidad pública, si no fuera la promotora del expediente, de las personas que reciban al menor y de éste desde que tuviera 12 años, oirá a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor, en su caso, y al menor de 12 años que tuviera suficiente juicio, y dictará auto en el término de 5 días, resolviendo lo procedente en interés del menor".

En el caso de autos, se dictó Auto del JPI en expediente de Acogimiento Familiar, a propuesta de la Entidad pública competente, de una menor, hija de la recurrente, recabándose el consentimiento de las personas que iban a recibir a la menor (en concreto, sus abuelos paternos) y oyendo a los padres biológicos, sin que existiera constancia de que en dicho procedimiento se hubieran formalizado oposición por los padres biológicos de la menor al acogimiento familiar de ésta.

Por tanto, establece la AP., *"no se está ante una oposición a resoluciones administrativas en materia de menores. Y en todo caso, la oposición al acogimiento, pese al silencio legal, debió formularse en el expediente una vez que los padres tuvieron conocimiento de la propuesta de acogimiento y antes de dictarse el auto de constitución del acogimiento, bien fuera mediante comparecencia, o por medio de escrito dirigido al órgano competente para tramitar el acogimiento o bien en el momento de la audiencia".*

Por consiguiente, se concluye que el trámite seguido para el acogimiento, que no es otro que el diseñado en el art. 1828 LEC-1881 y en el que sólo se precisa la audiencia de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio para que el Juez pueda tomar la oportuna decisión, fue el adecuado.

No existiendo, por lo expuesto, infracción procesal, ni conculcación de derechos fundamentales, ni producción de indefensión, se desestima el motivo de apelación, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda instarse el cese del acogimiento familiar por concurrir alguno de los supuestos que establece el art. 173.4 C.c. a través del procedimiento correspondiente.

6.2.3.- Irrelevancia de la alegación de la necesidad del asentimiento de los padres o tutores como causa de oposición

Según GRANDE SEARA y GONZÁLEZ PULIDO, con anterioridad a la actual Ley procesal civil, una vez formulada la oposición por los padres o tutores del menor, resultaba problemática la determinación de la tramitación concreta que debía seguirse por parte del órgano jurisdiccional. A este respecto, el art. 1827 LEC-1881 preceptuaba que, en principio, esta oposición no convertía el expediente en contencioso, sino que se resolvía en la resolución que le ponía fin, salvo que se tratase del supuesto en que *“los padres citados solamente para la audiencia comparezcan alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo juez por los trámites del juicio verbal”*. El tenor literal de este precepto se prestaba a dos interpretaciones diferentes y, por tanto, existían dos formas distintas de tramitar la oposición a la constitución del acogimiento alegando la necesidad de asentimiento al mismo.

La primera forma de tramitar la oposición suponía acudir a los trámites del juicio verbal, en cuanto el art. 1827 LEC-1881 estaba ubicado dentro de las reglas comunes del acogimiento y la adopción y, por tanto, se aplicaba tanto a la oposición de los padres y tutores al acogimiento como a la adopción. Además, avalaba esta interpretación el hecho de que la tramitación de la oposición a través de los trámites del juicio verbal ofrecía mayores garantías en orden a la protección de los intereses en juego. De este modo, se interrumpía el expediente y la oposición se ventilaba ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ Entre otros, AAAPP. de Cuenca de 9 de mayo de 1995 (AC 1995, 1002) y de AP. Valencia de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 6726).

Frente a la interpretación anterior, una segunda forma de tramitar la oposición consistía en continuar con el expediente de jurisdicción voluntaria y analizar, dentro del mismo, los motivos de oposición alegados por los padres o tutores, en cuanto el requisito que se exigía para acudir al juicio verbal, de acuerdo con el art. 1827 LEC-1881, era la alegación por los padres o tutores de la necesidad de su asentimiento, circunstancia que no era aplicable con carácter general al acogimiento, pues el art. 1828 LEC-1881 no se refiere al mismo como requisito para su constitución, sino tan sólo su audiencia⁶⁵⁰.

De estas dos posibles interpretaciones, sin duda, la más acertada era la segunda, pues el asentimiento de los padres sólo es necesario en el caso de acogimiento preadoptivo, en cuanto se deben cumplir todos los requisitos de la adopción, pero no en el caso de acogimiento simple, en el que es suficiente darles audiencia, como ya se ha apuntado. Por tanto, el último inciso del art. 1827 LEC-1881⁶⁵¹ no tenía aplicación con carácter general en el acogimiento, con la salvedad del preadoptivo.

Aprobada la nueva Ley procesal civil, ya no existen problemas interpretativos en cuanto el art. 1827 LEC-1881 ha sido derogado por la Disp. Derog. única LEC-2000, de tal forma que, planteada la oposición, se seguirán los trámites previstos para el expediente de jurisdicción voluntaria, salvo el caso de acogimiento preadoptivo, cuando citados los padres para audiencia aleguen la necesidad de su asentimiento, supuesto en que será de aplicación el art. 781 LEC.

Formulada oposición, los padres o tutores harán las alegaciones que estimen oportunas y presentarán las justificaciones procedentes (documentales o de otro tipo, como peritos o testigos), que podrán ser presentados en el momento de la audiencia o en cualquier otro sin que exista preclusión alguna al respecto (art. 1816 LEC-1881). Por

⁶⁵⁰ Entre otros, AAAPP. de Cantabria de 25 de mayo de 1997 (AC 1997, 903) y de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1427).

⁶⁵¹ En relación al problema que planteaba la aplicación del art. 1827 LEC-1881, antes de su derogación por la LEC-2000, *vid.* DIEZ GARCÍA: “Desamparo de menores y acogimiento”, cit. [BIB 1999\1429], quien realiza un exhaustivo análisis jurisprudencial, llegando a la siguiente conclusión: “..., este precepto se refiere exclusivamente a la adopción y no al acogimiento. Hay que tener en cuenta que para constituir un acogimiento familiar en vía administrativa se exige el consentimiento de los padres o del tutor. Si éste no concurre, la cuestión se traslada al ámbito judicial en cuyo seno el Juez puede decretar la constitución del acogimiento familiar a pesar de que no concorra el consentimiento de aquéllos. Por tanto, carece de sentido la referencia al asentimiento que este precepto realiza”.

otro lado, no se debe olvidar que, de conformidad con el art. 1826, pfo. 1º LEC-1881, el juez podrá ordenar la práctica de todas las diligencias que estime oportunas para asegurarse de que el acogimiento resultará beneficioso para el menor.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 1825 LEC-1881, intervendrá en las actuaciones tanto si promovió el expediente como si no, debiendo emitir un dictamen. Por tanto, una vez practicada toda la actividad probatoria, se remitirán los autos al órgano público para que emita informe por escrito sobre la procedencia o no de la constitución de acogimiento⁶⁵².

6.2.4.- La posición procesal de los acogedores

Entre los distintos intereses en juego en los procedimientos relativos al acogimiento, se encuentra el de los acogedores del menor, en cuanto que el acogimiento da lugar (sobre todo, si la situación teóricamente provisional se alarga indefinidamente) a unos nexos afectivos entre el menor y la familia que se encarga de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y de procurarle una formación integral, de acuerdo con el art. 173.1 C.c.⁶⁵³.

De acuerdo con el art. 1828 LEC-1881, el Juez, tanto para constituir el acogimiento como para acordar la cesación de dicha medida de protección del menor ha de oír a las personas que lo reciban o lo tengan acogido, respectivamente, de modo que se recoge, explícitamente, el derecho de los acogedores a ser oídos, lo cual no es más que la concreción de lo establecido en el art. 9.2 de la Convención ONU sobre los Derechos del niño de 1989, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres *“se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”*.

Sin embargo, ello no implica que se les considere parte procesal, con capacidad

⁶⁵² GONZÁLEZ PULIDO/GRANDE SEARA: *Op. cit.* [TOL 1.210.173].

⁶⁵³ El Anteproyecto de Ley de protección a la infancia de 2014 parece que pretende solucionar la cuestión, si bien con redacción farragosa y ambigua, al modificar la LOPJM, puesto que incluye un nuevo art. 20 bis, que establece en el punto 1 los derechos y deberes de los acogedores, y dispone en el apartado d) que *“Ser escuchados en los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido. Ser parte procesal en los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada”*.

para defender un interés legítimo en la causa.

La jurisprudencia constitucional ha entrado en la cuestión de modo directo en algunas de sus sentencias. Así, CORRAL GARCÍA destaca la STC. de 16 de junio de 1997⁶⁵⁴, en la que se declaró, en relación con el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que *“en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen”*. Por ello, ya previamente el propio TC., en su Sentencia de 25 de noviembre de 1996⁶⁵⁵, advirtió que *“dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad..., pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado”*. En base a ello, según CORRAL GARCÍA, los acogedores ostentarían un interés legítimo que permite un derecho a intervenir en el procedimiento que va a decidir sobre la continuidad del acogimiento, concretado en el art. 1828 de la Ley Procesal.

Por otro lado, la STC. de 20 de mayo de 2002⁶⁵⁶ recoge que los acogedores entendían que en su condición de acogedores preadoptivos de los dos menores, y por haber convivido con ellos durante los tres últimos años, son titulares de un interés legítimo para comparecer en el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo y al acogimiento preadoptivo, comparecencia que no fue permitida por la AP., lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. El TC. admite que *“no cabe negar a los acogedores preadoptivos un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo, puesto que la decisión judicial que habría de dictarse y,*

⁶⁵⁴ RTC 1997, 114.

⁶⁵⁵ RTC 1996, 187.

⁶⁵⁶ RTC 2002, 124.

consiguientemente, el mantenimiento y confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba evidentemente a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida, y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores; y, de revocarse, no sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa”, además de que tal derecho de audiencia de los acogedores en el procedimiento de constitución de cualquier clase de acogimiento aparece plasmado en el art. 1828 LEC-1881. Por ello, el rechazo de la AP. a la personación de los acogedores vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, lo que provoca la nulidad de los autos, debiendo las actuaciones judiciales retrotraerse al momento inmediatamente anterior, de manera que la AP. debía aceptar la personación de los acogedores en el procedimiento, fijar la fecha de la audiencia y dictar resolución definitiva.

De este modo, el Ministerio Fiscal llegaba a la conclusión de que los acogedores podrían ser parte en el proceso, lo que, a juicio de CORRAL GARCÍA⁶⁵⁷ es llegar mucho más allá de lo que el TC. había ya establecido en las sentencias citadas de 1996 y 1997: los acogedores tienen un interés legítimo en el resultado del procedimiento, y por ello se justifica el que gocen del derecho a ser oídos de acuerdo con la normativa procedimental... pero de ahí a que se les pueda considerar parte va un trecho. Además, la justificación tampoco nos parece satisfactoria: los acogedores velan por el menor, pero, en ningún caso, lo representan, ya que su tutela está confiada por la ley a la Administración pública correspondiente, que también les representará en juicio.

A lo que el TC. recuerda que el art. 46.1 LOTC establece que están legitimados para interponer el recurso de amparo quienes hayan sido parte en el proceso judicial, señalando que *“de ello no cabe deducir que el requisito de haber sido parte en el proceso judicial constituya en todo caso un elemento indispensable o necesario para poder acudir en amparo ante este Tribunal, ya que tal exigencia legal debe ser interpretada de acuerdo con lo previsto en el artículo 162.1.b) de la Constitución española, que establece la legitimación para interponer un recurso de amparo de*

⁶⁵⁷ CORRAL GARCÍA: “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, cit. [BIB 2003\1118].

quienes invoquen un interés legítimo, por lo que la prescripción de la LOTC no puede ser entendida como una regla limitativa de lo dispuesto en el precepto constitucional”. Por tanto, una vez más, se plantea el problema de conciliar ambos preceptos, aparentemente no coincidentes, que se refieren a la legitimación de los particulares para interponer un recurso de amparo: el precepto constitucional, más amplio, y el precepto de la Ley reguladora del TC., más restrictivo.

El TC. entronca con la doctrina anteriormente expuesta acerca del interés legítimo de los acogedores acerca del resultado final del procedimiento que decidirá si el acogimiento es definitivo o si se ordena su cese y la vuelta del menor con su familia. Si dicha doctrina servía para fundamentar su derecho a ser oídos en el proceso, ahora se va a utilizar para justificar la legitimación para recurrir en amparo la resolución judicial que efectivamente ordene el fin del acogimiento y la reinserción de la niña con sus padres adoptivos.

En primer lugar, se afirma que no puede excluirse la posibilidad de que la defensa de los intereses de la menor, aparte de llevarse a cabo por el Ministerio Fiscal, también pueda ejercerse por quienes tienen a su cargo a dicha menor como consecuencia de haberseles atribuido la guarda de la misma; en el caso concreto, debe reconocerse que se han creado unos vínculos entre los guardadores y la menor que determinan que aquéllos tengan un interés legítimo en recurrir en amparo en defensa de los derechos fundamentales de la menor que, en este momento, tienen bajo su guarda y que anteriormente tuvieron en acogida.

En segundo lugar, una vez que dicho interés legítimo existe, se pregunta CORRAL GARCÍA⁶⁵⁸ si permite aplicar al caso lo dicho por el art. 162.1.b) CE, esto es, si puede superarse el obstáculo de que los acogedores no fueron parte en el proceso.

Pues bien, el Tribunal admite que *“aun cuando los ahora recurrentes no intentaran la personación en el referido proceso hasta que recayó la resolución judicial ahora impugnada, no por ello no puede considerarse que se desentendieron de la defensa de los derechos e intereses de la menor que tenían a su cargo», por lo que se concluye que «en este supuesto no resulta exigible para estar legitimado a efectos de*

⁶⁵⁸ CORRAL GARCÍA: *Op. cit.* [BIB 2003\1118].

recurrir en amparo el haber sido parte en el proceso judicial”.

En opinión del citado autor, hay un salto en el vacío difícilmente asumible. Si los acogedores no intervinieron en el proceso (parece, por tanto, que no fueron oídos, de modo que la AP. reincidiría en tal caso en la inobservancia del art. 1828 LEC), bien por derecho propio, bien como guardadores de la menor, pensamos que el art. 46.1 LOTC es suficientemente claro y que el recurso al interés legítimo del art. 162.1.b) CE sólo debería aplicarse si, efectivamente, los titulares de dicho interés intervinieron de algún modo en el procedimiento.

Desde nuestro punto de vista, debería distinguirse entre la simple audiencia y la legitimidad procesal. Entendemos que es admisible e, incluso, aconsejable en tanto los datos que pueden aportar al Juez, el que sean oídos lo acogedores en el procedimiento en el cual se pretenda la devolución del menor a su familia de origen. Ahora bien, a nuestro entender, no debe considerarse que tengan interés legítimo en la causa, salvo en el supuesto del acogimiento preadoptivo, tal y como pasamos a desarrollar.

Partimos del planteamiento de la consideración que realiza BARBER CÁRCAMO, el cual compartimos, cuando expone que los acogedores carecen de autonomía total en la dirección de la vida del menor, por cuanto deben comprometerse a colaborar con el seguimiento que la Entidad pública pretenda realizar sobre aquél: es, por tanto, el acogimiento una figura sometida a control y dependiente siempre del correspondiente Ente público protector de menores. En realidad, la mayor autonomía reconocida por la ley a los acogedores estriba en el poder de provocar su cese por su simple decisión (art. 173.4.2º C.c.), prueba irrefutable de su contenido eminentemente fáctico. A partir de esta concepción legal, se entiende el acogimiento desde la perspectiva del deber y no de la del derecho, y ello con absoluta independencia de su modalidad, que viene dada por la finalidad perseguida con él.

Efectivamente, en atención a su estimada duración, deducida de la concreta situación de la familia de origen del menor, se prevén para aquél tres tipos: simple, de carácter transitorio; permanente, normalmente ligado a la imposibilidad de constituir la adopción, y que puede comportar incluso la atribución judicial a los acogedores, previa petición de la Entidad pública, de la representación legal del menor; y preadoptivo, cuando hallándose el menor “en situación jurídica adecuada para su adopción”, la

Entidad pública eleve al juez la propuesta de adopción o, previa a ésta, considere necesario establecer un período de adaptación. A diferencia de lo previsto para la modalidad del acogimiento permanente, el C.c. no prevé en este caso dicha atribución de facultades tutelares. Es decir, el tipo preadoptivo no se identifica por la alteración de la situación de los acogedores, más allá de su cumplimiento de los requisitos legales para adoptar, sino por la situación concreta del menor, en cuanto susceptible de ser adoptado. Y, como siempre, precisamente, su interés justifica la medida: se trata de comprobar, previamente a la constitución de la adopción, el correcto desarrollo de las relaciones entre el menor y los acogedores, sin otorgar a éstos potestades de ningún tipo sobre aquél.

Pues bien, nada más opuesta a esta caracterización del acogimiento que la atribución a los acogedores de un interés legítimo sobre el menor que resulte oponible a su familia de origen. Considera BARBER CÁRCAMO⁶⁵⁹ que la simple enunciación de tal idea repugna y representa la total subversión del sistema instaurado en nuestro Ordenamiento para la protección de menores, en el que, frente a la admisión del negocio jurídico privado como fuente de resolución de conflictos, se ha dejado en manos de los poderes públicos la adopción y control de las medidas protectoras, para garantizar su adecuación al inexcusable interés del menor. Los derechos de éste, sin olvidar los de los padres, guían al legislador en su definición de un sistema eminentemente asistencial, de procura de atención a quien la precisa. Es absolutamente ilógico que la medida dirigida a tal fin, el acogimiento, comporte una situación jurídica de riesgo para los padres, en cuanto creadora de derechos o intereses encontrados con los suyos. Y ello con independencia del tipo de acogimiento, que no altera su naturaleza, finalidad y contenido: esto es, también en el preadoptivo.

En su opinión, en ningún caso hay derechos de los acogedores sobre los menores; otra cosa, obviamente, debe decirse de la adopción ya constituida, fruto de la esencial diferencia entre ambas instituciones jurídicas. El acogimiento no es una adopción en curso, sino una medida dirigida a brindar al menor los cuidados materiales y afectivos necesarios que el legislador ha considerado preferible vengan dados por una

⁶⁵⁹ BARBER CÁRCAMO: “La subversión constitucional del acogimiento de menores”, cit. [BIB 2002/2169].

familia que por un centro residencial. Por consiguiente, cuando el TC asume las tesis del Ministerio Fiscal y afirma que el acogimiento preadoptivo comporta una expectativa a la adopción que refuerza la posición de los acogedores preadoptivos, no sólo se entromete injustificadamente en la interpretación de la legalidad ordinaria, sino que sostiene una idea manifiestamente equivocada y carente de apoyo legal alguno. Si no puede enunciarse la existencia de un derecho a ser constituido en adoptante, ni aun cumpliendo las prescripciones legales al respecto, mucho menos cabe hablar de una expectativa a ello, nacida de la constitución del acogimiento preadoptivo, puesto que los únicos derechos a considerar en todas estas figuras protectoras son los de los menores, para cuya prevalencia sus mismos progenitores se ven relevados o suspendidos en sus funciones.

Por su parte, las Administraciones públicas actúan con potestades de Derecho público, en cuya virtud resultan investidas de potestades tutelares de la misma naturaleza. En esta situación, entiende BARBER que configurar un supuesto derecho de los acogedores sobre los menores frente a sus progenitores supone ignorar por completo la posición derivada o instrumental de aquéllos respecto de las Entidades públicas, opinión que compartimos absolutamente, además de introducirse, sin ningún apoyo, una nueva fuente de trato de desfavor hacia los progenitores, del que las normas ya presentan suficientes ejemplos (*vgr.* el desamparo se declara unilateralmente por las Entidades públicas, mientras que recae sobre los padres o tutores la carga de oponerse a él; la constitución provisional y la judicial del acogimiento caben aun en contra de la voluntad de los padres, y también la adopción, en los supuestos previstos en el art. 177.2.2º C.c., que hace recaer sobre los padres la incoación del correspondiente procedimiento para demostrar la necesidad de su asentimiento).

Cierto es que la situación de desamparo resulta del incumplimiento de sus deberes familiares y justifica la atribución de potestades a las Entidades públicas para actuar sobre los menores con la mayor eficacia posible, lo cual requiere necesariamente que la mera voluntad de aquéllos no pueda impedir tal actuación, pero también lo es que el acogimiento surge como una medida a adoptar sólo cuando la situación concreta aconseje la separación del menor de su núcleo familiar, como una medida subsidiaria, por ende, de la atención del menor dentro de tal núcleo, y que además, en la medida de

lo posible, debe procurarse su retorno a él.

Considerar que la constitución del acogimiento otorga a los acogedores una situación jurídica oponible a los progenitores, más allá de la asunción de la guarda del menor, basada en expectativas de “quedarse” con él, es, entre otras muchas cosas, es desconocer por completo la orientación y sentido de la legalidad vigente, que en nada se ve alterado para el acogimiento preadoptivo, si bien en éste, por su finalidad, debe exigirse a las Entidades públicas el mayor celo en la comprobación de la concreta situación del menor al proceder a su constitución⁶⁶⁰.

Desde nuestra perspectiva, tal vez se podría reconocer interés legítimo a los acogedores en el caso que el menor llevara un año en acogimiento preadoptivo, puesto que el art. 176.2.3^a C.c., permite iniciar el expediente de adopción, sin propuesta administrativa, en el caso de que el menor lleve un año en acogimiento preadoptivo, pudiéndose constituir la adopción. También cabe la posibilidad de que los acogedores insten un procedimiento contra la Entidad pública tutelante para conseguir la tutela del menor.

VII.- EL CESE DEL ACOGIMIENTO

Son cuatro las causas por las que, según el art. 173.4 C.c., puede producirse la cesación del acogimiento.

En primer lugar, por resolución judicial. Esta causa extintiva tendrá lugar, de un lado por señalarlo así el propio C.c., cuando se trate de supuestos de acogimiento constituidos por resolución judicial, así como de aquellos otros en que la Entidad pública, en contra del criterio de los interesados, se oponga a ponerle fin.

La segunda causa sería “*por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la Entidad pública*”⁶⁶¹. De este modo, es la propia

⁶⁶⁰ BARBER CÁRCAMO: “La subversión constitucional del acogimiento de menores”, cit. [BIB 2002/2169].

⁶⁶¹ Acerca de esta causa de extinción del acogimiento se pronuncia SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 582 en los siguientes términos: “sólo quiero hacer el comentario de la sorpresa que produce el que en el núm. 2º se diga que el acogimiento cesa ‘por decisión.... previa comunicación’; es claro que deben entregarlo a la entidad”.

Para SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 196,

voluntad de los acogedores la que determina la finalización del acogimiento, sin posibilidad de que la Administración les fuerce a continuar con la situación, si bien lo que concluye es la relación de acogida, no la tuición pública sobre el menor.

El tercer motivo de extinción del acogimiento se produce “*a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía*”. En tal caso, solicitan el fin del acogimiento, más ello no determina *ipso iure* que haya de suceder así, mientras la Entidad pública no considere que ello sea beneficioso para el menor.

Finalmente, el acogimiento puede cesar “*por decisión de la Entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores*”. Realmente ésta sí es, junto a la primera de las enumeradas, una causa extintiva del acogimiento que tiene virtualidad en sí misma. Es más, habida cuenta de que el régimen de protección pública de los menores es esencialmente administrativo (salvo los concretos supuestos de intervención judicial) y está generalmente desjudicializado, éste será el supuesto básico de extinción, pues si, por lo general, está en manos de la Entidad pública iniciar la relación de tutela *ex lege* o guarda legal, por lo mismo debe resultar de su competencia el poner fin a tal actividad, al margen del control judicial de fondo que pueda oponerse a ello. Repárese en que el C.c. subraya que la decisión de poner fin al acogimiento debe tomarse, como no puede ser de otra manera, para salvaguardar el interés del menor.

Si bien no se recoge expresamente, la constante y única referencia a los menores en el régimen de acogimiento hace pensar que cesa también por la mayoría de edad del acogido⁶⁶², causa que sí es, en cambio, contemplada por las regulaciones autonómicas.

En el ámbito andaluz, el Decreto de 2002 regula, en su art. 30, la extinción del acogimiento, conforme al cual, de conformidad con la legislación civil, serán causas comunes de extinción de los acogimientos familiares simple o permanente las siguientes:

- a) Constitución de acogimiento preadoptivo, adopción o tutela ordinaria.
- b) Mayoría de edad o emancipación.
- c) Muerte o incapacidad de la persona acogedora.

no parece necesario alegar siquiera justa causa: basta el cansancio, siendo un cese discrecional.

⁶⁶² SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., pág. 196.

d) Decisión de la Comisión Provincial de Medidas de Protección motivada por la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la medida o por la existencia de informe de seguimiento desfavorable.

e) Solicitud de las personas acogedoras o del menor, mayor de doce años de edad.

En el caso del acogimiento familiar simple se extinguirá, además, por la constitución del acogimiento familiar permanente.

En los supuestos previstos en las letras d) y e), la extinción del acogimiento se declarará previa audiencia de los acogedores y, en su caso, del menor, de acuerdo con su edad y condiciones de madurez.

Como puede observarse, a nuestro entender, cabe la posibilidad de que se extinga un tipo de acogimiento para constituirse otro distinto. Los tipos son excluyentes, lo que provoca que se vayan sucediendo las distintas modalidades, y cabe la posibilidad de haber iniciado un acogimiento simple que termine en un acogimiento preadoptivo, para culminar con la adopción con los mismos acogedores, si es que se han ido declarando idóneos en cada momento por la Administración, siempre que ello sea conveniente para los intereses del menor. Ahora bien, para ello, será necesario iniciar un proceso de desvinculación afectiva de su núcleo de origen, decretando inicialmente una suspensión de relaciones familiares que posibilite la constitución de un acogimiento preadoptivo, lo que provoca constantes oposiciones de los padres biológicos que intentan, sin éxito, el restablecimiento de las relaciones familiares.

Lo habitual, siguiendo el estudio de DIEZ GARCÍA⁶⁶³ y apoyándonos en el mismo, es que en estos procedimientos se reexamine de nuevo la situación del menor y de su familia, lo que podría convertirse en una especie de revisión de las causas que, en su día, dieron lugar a la declaración de desamparo y a que la Entidad pública competente asumiera la tutela del menor. A pesar de ello, el AAP. de Málaga de 22 de abril de 1998⁶⁶⁴ entiende que debe ser rechazada por extemporánea una pretensión de oposición a la declaración de desamparo en el ámbito de un procedimiento de

⁶⁶³ DIEZ GARCÍA: “Desamparo de menores y acogimiento”, cit., [BIB 1999/1429].

⁶⁶⁴ AC 1998, 4392.

constitución judicial de un acogimiento familiar, puesto que esa circunstancia ya fue constatada previamente por una resolución judicial firme.

Los Tribunales se muestran reacios a la hora de propiciar el retorno del menor a su núcleo familiar originario. Los argumentos que fundan sus decisiones son variados y oscilan entre la inalterabilidad de las circunstancias familiares que provocaron su desamparo, la desvinculación afectiva del menor con su familia de origen y la necesaria protección del interés del menor que impide, precisamente, su reinserción familiar. Y en esa misma línea, lo habitual es que se utilice como referencia y, en algunos casos como medio de prueba, el expediente administrativo o judicial que dio lugar a la declaración de desamparo.

El AAP. de Madrid de 12 de febrero de 1998⁶⁶⁵ sostiene que *“la cuestión (...) se ha de resolver atendiendo fundamentalmente al criterio del beneficio o interés del menor, no obstante las pretensiones legítimas que en este aspecto formulen los progenitores, quienes sólo en la medida que acrediten un cambio en las circunstancias familiares, personales, laborales, económicas y materiales del entorno en el que se desarrolla la vida cotidiana de los mismos será posible entonces acceder a lo interesado, y resolver de otro modo la transitoria situación en la que se hallan los menores”*. En el caso enjuiciado, se entendió que no se había acreditado que la situación de la apelante hubiera mejorado en el orden familiar, laboral o económico o que contase con la infraestructura material que los menores exigían, de modo que consideró no existir motivos para poner fin a la situación legal y administrativa y material en la que los hijos se hallaban, y el beneficio e interés de los mismos aconsejaban mantener los acuerdos adoptados en su momento, sin perjuicio de lo que en el futuro pudiera resolverse si se produjera alguna modificación a mejor, en todos los órdenes, de la apelante.

En el supuesto resuelto por la SAP. de Córdoba de 24 de marzo de 1995⁶⁶⁶ la madre de un menor declarado en situación de desamparo se opuso a la propuesta de acogimiento familiar formulada por la Entidad pública, proponiendo que el niño permaneciera en un centro de acogida estableciéndose un régimen de visitas a su favor.

⁶⁶⁵ AC 1998, 4973.

⁶⁶⁶ AC 1995, 402.

El Tribunal se muestra favorable a la constitución del acogimiento familiar teniendo en cuenta tanto los antecedentes de hecho que dieron lugar a la declaración de desamparo, la nula vinculación afectiva del menor con su madre, así como por *“la existencia de ninguna probabilidad de cambio en la dinámica familiar”*; lo cual *“hace desaconsejable para el adecuado desarrollo físico, emocional y psicológico del menor, su contacto con la madre, siendo de destacar, por el contrario, el efecto positivo y enriquecedor (...) el establecimiento de vínculos afectivos con el matrimonio dispuesto a acogerle familiarmente, el cual reúne las mejores condiciones y garantías, por lo que se hace preciso ratificar el acogimiento a favor de la familia seleccionada”*.

En la misma línea, la SAP. de Álava de 7 de julio de 1994⁶⁶⁷ afirma que *“de las buenas intenciones de los demandantes no se sigue necesariamente que ambos, en el orden material, puedan dispensar una atención suficiente y digna a sus mentados hijos, quienes deberán continuar tutelados por la misma Institución hasta que realmente cambien las circunstancias que han determinado su actual situación.*

La denegación del cese de un acogimiento ya acordado se puede fundamentar, como hace el AAP. de Guipúzcoa de 24 de octubre de 1994⁶⁶⁸, en que *“la reintegración del menor a la familia natural debe ser progresiva y no se ha actuado hasta ahora en ese sentido con relación al hijo, aparte de que persista el peligro de reproducción en el futuro de hechos cuya gravedad determinaron la intervención de los servicios sociales”*.

Asimismo, en el caso resuelto por la SAP. de Soria de 13 de marzo de 1996⁶⁶⁹, la madre de dos menores solicitó el cese del acogimiento y la recuperación de su guarda y custodia fundando su petición en un cambio de las circunstancias personales que dieron lugar a la intervención de la Entidad pública. El Tribunal entiende que *“a nadie se le oculta (...) la situación de conflicto que les supondría a los niños el comenzar a convivir con su propia madre, de la que han perdido referencia –llevan más de tres años con la familia de acogida– y con su actual compañero al que apenas conocen, de tal forma que cualquier cambio de la situación actual totalmente normalizada en los*

⁶⁶⁷ AC 1994, 1198.

⁶⁶⁸ AC 1994, 1849.

⁶⁶⁹ AC 1996, 520.

sentimientos de los menores comportará un serio riesgo de conmoción cuyas consecuencias no se atreven a aventurar los autores del informe. Por ello el cambio, es decir la modificación del sistema de guarda y custodia establecido debe hacerse con las máximas garantías ya que un fracaso en su nueva relación con la madre biológica sería completamente desestabilizador y quizás irrecuperable para los menores”. Teniendo en cuenta estos peligros considera que aunque “parece claro que la situación de I. ha mejorado (...) del informe realizado no extraemos la máxima garantía a que hemos hecho referencia, por ello reiteramos que es necesario que quede patente su total estabilidad emocional y afectiva que aseguren la asunción del rol maternal con garantías”. Por ello, la Sala estima no acceder, de momento, a la entrega de los menores a su madre biológica.

También en el supuesto examinado por el AAP. de Lleida de 18 de marzo de 1998⁶⁷⁰ los progenitores de los menores solicitan el cese de su tutela automática por la Entidad pública y de su internamiento en un centro residencial. Para ello, justifican su petición en una cambio sustancial de la situación familiar alegando que la madre está siguiendo tratamiento psicológico; que el padre ha superado sus problemas de adicción al alcohol; que la familia dispone de una vivienda en condiciones al haber alquilado un piso tras haber sido lanzados del anterior y que los hijos del matrimonio desean vivir con sus padres. El juzgador de instancia desestimó su pretensión y, presentado recurso de apelación, la AP. decidió confirmar la resolución. Al respecto, señala: *“coincide la Sala con los respectivos servicios técnicos cuyos informes constan en las actuaciones (...) en que la problemática familiar detectada requiere una concienciación de los progenitores respecto de sus propios problemas y de la forma de resolverlos, en suma, de proporcionarles una educación en la convivencia que no adquirieron en el momento anterior a la creación de su propia familia lo que habría sido deseable (...). En el caso que nos ocupa, la Sala entiende que si bien la relación de los menores aparece como muy escasa a tenor de la personalidad y comportamiento de los mismos, es lo cierto que tampoco éstos, pese a evidenciarse una actitud ciertamente positiva, sobre todo durante el trámite del presente recurso, cara a la mejora de la situación (alquiler de*

⁶⁷⁰ AC 1998, 4015.

vivienda, tratamiento médico y psicológico...), han asumido y al respecto son unánimes los informes técnicos aportados, los requerimientos mínimos de permanencia, control y continuidad en tales tratamientos de su salud, así como el sostenimiento de una relación abierta y franca con los servicios sociales que, sin equiparar en ningún caso a personas adultas con párvulos o incapaces, permita a dichos servicios sociales constatar directamente la evolución positiva de la situación familiar y de la personalidad de ambos padres y ello permita a la mayor brevedad la reanudación de la convivencia familiar. En resumen, ni los servicios sociales deben tratar a los padres como menores sujetos a su tutela ni tampoco pueden éstos excluir totalmente el necesario control de su evolución, pues entonces sería contraproducente la reanudación de la convivencia con los hijos, que debe asentarse en bases suficientemente sólidas que impidan el que al poco tiempo pueda reproducirse la situación anterior y deba intervenir la Administración nuevamente. Sin perjuicio de lo cual, parece que una relación más fluida entre padres e hijos, aunque éstos sigan en régimen de internamiento, debe ser más positiva para unos y otros que el brusco paso de la convivencia total a la total separación que se ha producido en el caso presente”.

En el caso afrontado por el AAP. de Zaragoza de 28 de septiembre de 1998⁶⁷¹, los padres de dos menores formularon su oposición a la propuesta de acogimiento preadoptivo formulado por la Entidad pública que, mientras recaía la oportuna resolución judicial, procedió a constituirlo en forma provisional. El argumento decisivo para denegar la pretensión de la madre biológica de los menores fue la comparación entre la pretérita situación familiar del menor y la actual en su familia de acogida: *“igualmente se ha llevado a cabo información testifical de la que se desprende la buena atención que reciben los menores en la actualidad, así como la documental consistente en la aportación del expediente administrativo tramitado por los servicios sociales de la Comunidad Autónoma, entre cuya documentación destacan los informes de recepción y primeros días de estancia de los menores en los centros de acogida, así como los previos a la decisión de declaración de desamparo e internamiento de fecha 28 de febrero de 1995, y que le sirvieron de fundamento, de la que se desprende el*

⁶⁷¹ AC 1998, 6575.

inadecuado estado en que se encontraban los menores en su familia de origen, en particular, en cuanto a su cuidado personal -padecían de parásitos y falta de aseo-, y en cuanto a su educación, así en lo relativo a su comportamiento social como a su rendimiento escolar, con continuas faltas de asistencia escolar, sin que los intentos llevados a cabo por los servicios sociales para reconducir la situación dentro de la familia de origen, que se iniciaron en el año 1991, dieran frutos ante el rechazo de la madre. Finalmente, son de mención los informes elaborados respecto de la situación actual de los menores en la familia de acogimiento, en los que se destaca el resultado altamente positivo de la medida, así como su plena integración en su nueva familia y entorno. Pues bien, de lo dicho se desprende el carácter beneficioso para los niños de la medida que se pretende, y ello debe prevalecer sobre el interés de la madre biológica por tenerlos en su compañía, que ciertamente, y ello ha de ser destacado, se mantuvo desde el primer momento en que le fueron retirados sus hijos, para cuya recuperación ha llevado todas cuantas acciones ha tenido a su disposición”.

Puede acontecer que, declarado el desamparo del menor y formulada por la Entidad pública la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo, y ante el carácter irreversible que puede tornar la situación del menor en relación con su familia natural, surjan parientes que se opongan a la constitución de ese acogimiento autoproponiéndose como guardadores del menor. Éste es el caso descrito en el AAP. de Madrid de 14 de enero de 1997⁶⁷², en el cual el Tribunal desecha su pretensión porque *“no existiendo, a la vista de las gestiones practicadas desde la referida Entidad pública, familiar alguno que quisiera hacerse cargo de la niña, se opta por otros entornos ajenos a los vínculos de sangre, conviviendo la misma (...) con el matrimonio al efecto seleccionado por la Comunidad Autónoma, en cuyo ámbito se va produciendo, según los informes incorporados a las actuaciones, una progresiva y satisfactoria adaptación de aquélla, en tal forma que ofrece unas adecuadas perspectivas de inmediato futuro su integración legal en tal círculo familiar. No habiendo, en consecuencia, asumido los tíos maternos, por unas y otras razones, las responsabilidades que sobre el cuidado cotidiano de la menor le fueron ofrecidas desde la Entidad pública, no puede ahora retomarse, por más*

⁶⁷² AC 1997, 216.

que su interés sea legítimo, un cometido, cual el que propugnan, que supondría un grave retroceso para el menor, sin claras perspectivas, según los informes sociales unidos al expediente, para quien ha encontrado un entorno, como el que ofrecen los acogedores, de suficiente solidez para su desarrollo y formación en todos los órdenes; por lo cual, y bajo el prevalente principio perfectamente legítimo, subyacente en la litis, esta Sala entiende que la solución adoptada por el Juzgado «a quo» es perfectamente ajustada a derecho, sin que se hayan ofrecido por los recurrentes motivos de entidad suficiente, sino más bien todo lo contrario, para acceder a la pretensión revocatoria deducida”.

De este modo, la desvinculación afectiva del menor con su familia natural y su progresiva inserción en la familia de acogida pueden resultar determinantes no sólo para denegar una pretensión de recuperación de la guarda, sino también para rechazar el derecho que tienen los familiares de relacionarse con el menor; lo cual, por otra parte, resulta indispensable para lograr el retorno del menor a su núcleo familiar originario.

En el caso resuelto por el AAP. de Jaén de 18 de marzo de 1997⁶⁷³, el JPI había aprobado la propuesta de acogimiento familiar formulada por la pertinente Entidad pública en detrimento de la abuela del menor acordando, al tiempo, un régimen de visitas a favor de su familia natural. Tanto el Ministerio Fiscal como la Entidad pública recurrieron esta resolución y la AP. decidió confirmarla en lo que hacía referencia a la constitución del acogimiento, pero revocándola en lo que concernía al régimen de visitas, suprimiendo el derecho de la familia biológica del menor de relacionarse con él en función de la desvinculación afectiva del menor con sus familiares y como fórmula para lograr una mejor integración en la familia de acogida. Así, se señala expresamente que *“su desarraigo familiar (...) entraña desde luego una desvinculación afectiva seria, que hace menos traumática su conveniente desconexión y facilita de este modo su mejor integración en la nueva familia para su adecuado desarrollo físico y emocional ante la realidad de no haber ninguna posibilidad objetiva de cambio en su entorno biológico dadas las singulares circunstancias personales que lo presiden”*. El Tribunal, para justificar que la reinscripción familiar es imposible, describe cuál es la situación de la

⁶⁷³ AC 1997, 472.

familia del menor; situación que se compara con la de la familia de acogida: *“se trata de un ámbito familiar no sólo inadaptado socialmente sino profundamente desestructurado. El menor carece de filiación paterna reconocida, la madre, soltera, y con deficiencia mental media y epilepsia fue incapacitada judicialmente. Presenta una minusvalía psíquica del 80% y convive con otros nueve hermanos afectados todos en distinta intensidad por oligofrenia bajo los cuidados y atención de la abuela materna cuya avanzada edad, 68 años, impide planificar soluciones de retorno a un ámbito familiar que, no obstante, ser el natural, ni está preparado para facilitar al menor los cuidados que precisa, ni su situación es homologable con las posibilidades afectivas, económicas y sociales que le ofrece la familia que le tiene en acogimiento”*.

En la SAP. de Murcia de 15 de noviembre de 2012⁶⁷⁴, en la que se enjuicia un caso en el cual el hijo de la recurrente había sido declarado en desamparo, encontrándose en situación de acogimiento familiar preadoptivo, tras lo cual, la madre abandona a su hija recién nacida en el hospital horas después del parto, el Tribunal no considera conveniente el regreso de los hijos a su familia biológica, tras resultar acreditada la ausencia de un núcleo familiar estable y adecuado para la formación y desarrollo integral de los hijos.

Tampoco la STSJ. de Cataluña de 25 de julio de 2013⁶⁷⁵ consideró que el retorno de los menores con la abuela paterna ofreciera garantías suficientes y no venía a compensar el interés de los menores en continuar la situación de acogimiento en la que se encontraban. Según sostiene en su FJ. 5º, *“las sentencias de instancia no han observado un cambio suficiente de las circunstancias que dieron lugar a decretar el desamparo de los menores. Desde luego, no concurren en relación con los progenitores de los menores y tampoco se dan objetivamente los elementos necesarios para estimar como más adecuada para el superior interés de los niños una medida de acogimiento permanente en la familia extensa en lugar del acogimiento preadoptivo decretado. Como indica la sentencia recurrida, aunque se ha acreditado una evolución favorable en la situación psiquiátrica de la abuela paterna, ni de los dictámenes emitidos ni por los antecedentes existentes puede afirmarse que esta evolución sea suficiente para*

⁶⁷⁴ AC 2013, 134.

⁶⁷⁵ RJ 2014, 142.

eliminar el riesgo de desamparo de los menores si se entrega su custodia a la abuela paterna, pues ello depende de la consolidación de su situación que no se advierte rápida y duradera, habida cuenta de sus propias circunstancias y trayectoria vital. No cabe olvidar que la depresión de la Sra. Antonieta, que originó la entrega de los menores a la DGAIA fue consecuencia de la necesidad de proceder al cuidado de los nietos, junto con el de sus propios hijos menores, no por otras causas. Las sentencias de instancia han razonado en forma perfectamente motivada cuales son los elementos de riesgo existentes de entregarse a los menores a la abuela paterna, y dichos razonamientos, que la Sala asume, en modo alguno pueden calificarse como de arbitrarios o irracionales.

No se trata aquí ni de desconocer el amor que la abuela pueda sentir por sus nietos ni siquiera de cuestionar que ante la tesitura de perder el contacto con ellos, la demandante y su pareja tengan ahora las mejores intenciones o propósitos de procurarles los elementos indispensables para su debido desarrollo y formación integral.

Se trata de analizar si objetivamente se dan o no las circunstancias fácticas que permitan razonablemente presumir con un grado de probabilidad elevado, sobre la base de las reglas de la experiencia humana, que efectivamente podrán hacerlo durante toda su minoría de edad. No es el interés de la familia Apolonio - Antonieta - aunque no se dude de su buena fe- el que debe considerarse, sino el de los niños con una ponderación razonable de lo que les resulte más conveniente y favorable.

Los menores han vivido en forma inestable durante toda su corta vida. Primero con los padres en circunstancias no reveladas pero sin duda no adecuadas vista la situación en la que se hallaban en el año 2008. Luego estancias cortas con la abuela paterna y su pareja. Después en dos centros asistenciales de la DGAIA y desde enero de 2011, esto es, desde hace dos años y medio en una familia de acogida que acredita, según los informes obrante en autos, su capacidad y aptitud para cuidarlos y protegerlos.

La sensación de abandono y de inseguridad que han padecido los menores hasta el momento, constatada en el informe emitido para valorar su evolución en la nueva situación y que obra al folio 566 de los autos, no puede repetirse. El retorno con la familia extensa no es aceptable cuando no resulta compatible con otras medidas más

favorables al interés del menor. La estabilidad emocional y asistencial de los menores solo queda garantizada con el mantenimiento de la medida acordada por la Administración.

No existe pues, a juicio de la Sala, infracción alguna del principio del superior interés del menor ni de los artículos citados por la recurrente en el recurso de casación (el art. 84 LDOIA regula el supuesto de violencia de género por parte de un miembro de la familia y el art. 228 CCCat consta de 9 apartados, sin que se exprese cual se estimaría vulnerado) toda vez que la medida de acogimiento preadoptivo se considera la más adecuada para el interés de los menores al preverse que la imposibilidad de los padres para ejercer la patria potestad pueda ser " permanente" tal y como contempla el art. 147 de la LDOIA”.

Y realiza una afirmación que quisiéramos destacar especialmente: *“la posibilidad del retorno familiar no se produce con la misma intensidad cuando se trata de restablecer la unidad familiar con los padres de los menores, que cuando el término de comparación es entre la medida de acogimiento en familia extensa o en familia ajena. Aunque la primera sea desde luego como se ha dicho, la preferente, siempre será necesario que los familiares se hallen en condiciones de mantener a los menores en un ambiente estable y adecuado para el libre desarrollo de su personalidad”.*

Así las cosas, la determinación del cese de la medida de acogimiento y el posible retorno a su familia biológica requiere un minucioso análisis de las circunstancias que rodean al menor. En este sentido, como señala recientemente el TS. en su S. de 6 de junio de 2014⁶⁷⁶, en su FJ. 2º, *“en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar, es necesario atender, entre otras circunstancias, al tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen*

⁶⁷⁶ RJ 2014, 2844.

las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

Quisiéramos destacar, al respecto, la SAP. de Tarragona de 27 de enero de 2012⁶⁷⁷, que conoce de la apelación contra la desestimación de la oposición de los padres de dos menores declarados en desamparo⁶⁷⁸. En su FJ. 3º establece: *“nos encontramos que la situación de la familia, en concreto de los padres, se acredita a través de una serie de informes carentes de contradicción y respecto de los que se carece del conocimiento de su autoría, al aparecer sin firma o con firma ilegible e identificación del organismo que parece emitirlos. Así, en los autos existen un informe del Consell Comarcal del Baix Ebre, de fecha 10/2/2010 (folio 100), otro del 5/2/2010 (folio 118) y un informe psico-social del 13/1/2010 (folio 132), todos ellos sin determinación de los autores de la información o de las pruebas realizadas, sin firmas*

⁶⁷⁷ JUR 2012, 142204.

⁶⁷⁸ En el informe emitido y que consta en el expediente administrativo se contenían los siguientes indicadores de riesgo:

- Abuso sexual del hermano y falta de protección y de respuesta educativo de los padres hacia al menor y abusador.
- Consumo de tóxicos por el hermano abusador (LSD, cocaína y cannabis) con ninguna respuesta educativa por parte de los padres.
- Familia aglutinada sin límites ni fronteras generacionales: los padres realizan juegos eróticos delante de sus hijos.
- Negación de los conflictos, ausencia de reconocimiento de las necesidades, de los daños sufridos y problemas causados a sus hijos.
- Muy poco permeable a la ayuda profesional, ausencia de motivación real para mejorar la situación.
- Cronificación de la situación.
- Inteligencia emocional deficiente. Dificultad para reconocer y modular las emociones con tendencia a la pérdida de control en las situaciones de conflicto.
- Negligencia en las atenciones médicas y psicológicas de los menores. Los padres niegan las dificultades propias y el padecimiento de sus hijos. Son incapaces de empatizar con las necesidades de sus hijos.
- Vínculo de pareja patológico con muchos conflictos y violencia que crea padecimiento a los hijos.
- Vínculo con sus hijos con muchas carencias. Falta de empatía con las necesidades de sus hijos.
- Por lo que se refiere a la menor María Ángeles se señalaron como factores de riesgo:
- Sentimiento de tristeza, por la impotencia delante de su realidad familiar.
- Aceptación de su realidad familiar como un hecho habitual sin posibilidades de cambio.
- Dificultades para hablar de su realidad familiar por el miedo a las represalias de sus padres.
- Miedo a quedarse sola con el hermano abusador, organizando su propia vida en función de este miedo.
- Los resultados en las pruebas psicológicas indican que los menores viven una situación conflictiva familiar y han estado sometidos a una situación muy estresante.
- Preocupación por no poder realizar unas expectativas de futuro ya que desconocen los resultados judiciales y si será posible el acogimiento con sus tíos.
- Informaciones similares se encuentran referidas al menor Carmelo.

o con las de una persona desconocida que parece actuar por el organismo, lo que unido a que al juicio no ha acudido más que la Cap del Servei del Àrea de Atenció a la Infancia y Adolescencia de las Tierras del Ebro, ello origina una manifiesta falta de concreción de una información que priva a los actores de toda posibilidad de contradecirla o de verificarla en su origen y objetividad.

Únase a lo anterior que los incidentes originarios del acogimiento han sido sobreseídos, el de los presuntos malos tratos a los menores, o concluido con sentencia absoluta, el de la presunta agresión sexual a María Ángeles, completándose la situación con la afirmación de la parte recurrente de que los menores desean reintegrarse al domicilio familiar, lo que no ha sido contradicho en forma por el organismo tutelador, que los padres vienen mostrando su oposición a la situación de los menores desde el primer día, que los tíos de los menores, que les imputaron malos tratos a los menores, al parecer con el propósito de acoger a éstos, ni lo han hecho (folio 74) ni han acudido al juicio a ratificar sus imputaciones, a lo que procede agregar el carácter temporal de la medida adoptada, la falta de acreditación en autos de los motivos del mantenimiento del desamparo en forma debida y con las pruebas adecuadas al efecto, ya que fundada las medidas en las actitudes o comportamientos de los padres de los menores resulta manifiestamente insuficiente para acreditar sus defectos o hábitos la única presencia en el juicio de una Cap de Servei cuya intervención en la información recogida en el expediente o en la valoración de la misma se desconoce, al igual que su especialidad o cualificación profesional, y teniendo en consideración la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia del TS de 31 de julio de 2009, según la que "es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 C.c., contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad", se impone estimar la apelación y acordar el cese de las medidas de acogimiento que afectan a los menores, próximos ambos a alcanzar la mayoría de edad".

VIII.- EL ACOGIMIENTO EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

Igual que en el caso de la guarda administrativa, también en el acogimiento volvemos a poner de manifiesto que al atribuir el art. 148.1.20ª CE a las CCAA la posibilidad de asumir competencias en materia de asistencia social, las distintas Comunidades han promulgado sus correspondientes normas (y reglamentos de desarrollo) relativas al menor, llegando a regular, de forma absolutamente detallada, el acogimiento. En las respectivas leyes de protección a la infancia se recogen las directrices generales para el desarrollo pormenorizado de esta materia.

Señalamos, a continuación, algunas de las normas autonómicas reguladoras de la medida del acogimiento:

- Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura, arts. 23 a 27⁶⁷⁹.
- Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias, arts. 43 a 54⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores:

Art. 23. “La medida de acogimiento familiar será adoptada cuando las circunstancias personales del menor aconsejaren la salida del hogar familiar por un tiempo de duración indeterminado”.

Art. 24. “El acogimiento familiar se constituirá en la forma establecida en el Código Civil y podrá ser de dos tipos:

1.º Simple o sin fines preadoptivos.

2.º Preadoptivo”.

Art. 25. “El acogimiento familiar simple estará orientado a la reintegración del menor en su propia familia. Su duración no podrá ser superior a un año y, durante su vigencia y en la medida de lo posible, se fomentarán las relaciones con su unidad familiar a fin de facilitar su retorno a la misma.

El acogimiento familiar simple podrá ser remunerado, entendiéndose por tal el derecho de la familia acogedora a ser compensada por los gastos sanitarios educativos y de manutención del menor”.

Art. 26. “El acogimiento familiar preadoptivo tiene por finalidad el conocimiento y adaptación mutua entre el menor y la futura familia de adopción, propiciando un período de nueva relación entre adoptantes y adoptado”.

Art. 27. “Son responsabilidades de la Junta de Extremadura las tareas de selección y valoración de personas o familias acogedoras, así como la supervisión y apoyo técnico de las mismas mientras permanezca el menor en su seno”.

⁶⁸⁰ Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias:

Art. 43. “Concepto y finalidad.

1. El acogimiento familiar es aquella medida de protección por la que se otorga la guarda de un menor a una persona o familia que asume las obligaciones señaladas expresamente en el Artículo 173 del Código Civil, siempre que no fuese posible la permanencia del menor en su propia familia de origen.

2. El acogimiento familiar tiene como finalidad procurar al menor un núcleo de convivencia familiar adecuado, de forma temporal, bien para la reintegración a su familia de origen, bien con carácter preadoptivo como paso previo a su posible adopción”.

Art. 44. “Principios de actuación.

La aplicación de esta medida por la Administración del Principado de Asturias se regirá por los

siguientes principios:

a) *Prioridad en su utilización sobre la medida de alojamiento del menor en centros.*
b) *Evitar en lo posible la separación de hermanos y procurar su acogimiento por una misma persona o familia.*

c) *Favorecer la permanencia del menor en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en una familia extensa, salvo que no resultase aconsejable en orden al interés primordial del menor”.*

Art. 45. “Clases.

El acogimiento familiar puede revestir las siguientes modalidades, según el procedimiento seguido a tal efecto:

a) *Acogimiento familiar administrativo.*

b) *Acogimiento familiar judicial”.*

Art. 46. “Determinación de los acogedores.

1. *Los acogedores serán seleccionados con arreglo al interés primordial del menor, teniendo en cuenta, entre otros factores, la aptitud educadora, la situación familiar, la relación con el menor si existiese y, en todo caso, la capacidad de relación con el mismo, la edad y otras circunstancias que habrán de ser objeto de desarrollo reglamentario, con la única excepción del acogimiento familiar administrativo en el que sean los padres, tutores o guardadores del menor quienes señalen unos acogedores determinados.*

2. *Los acogimientos que no tengan como finalidad la adopción darán preferencia a familiares o acogedores de hecho, siempre que demuestren suficiente capacidad para la atención y desarrollo integral del menor”.*

Art. 47. “Formalización.

El acogimiento familiar administrativo se formalizará por escrito con el consentimiento de la Administración del Principado de Asturias, debiendo concurrir las siguientes voluntades:

a) *La de los padres, siempre que no estuvieren privados de la patria potestad, tutores o guardadores del menor.*

b) *La de la persona o personas que reciban en acogimiento al menor.*

c) *La del propio menor si tuviera doce años cumplidos”.*

Art. 48. “Contenido.

1. *La formalización del acogimiento familiar administrativo ante la Administración del Principado de Asturias deberá contener el consentimiento de las partes y establecer los objetivos y finalidad del mismo.*

2. *Asimismo, deberán constar todos aquellos aspectos que se consideren necesarios para la eficacia y garantía del acogimiento, en especial su carácter remunerado o no, el tiempo de duración y el régimen de visitas que en su caso se establezca”.*

Art. 49. “Seguimiento.

La Administración del Principado de Asturias efectuará un seguimiento del acogimiento familiar formalizado y prestará a la persona o familia acogedora, así como a la familia de origen del menor, la colaboración y apoyo precisos para hacer efectivos los objetos de la medida”.

Art. 50. “Vigilancia.

Compete la superior vigilancia de la medida al Ministerio Fiscal, a quien la Administración del Principado de Asturias comunicará los acogimientos familiares formalizados, remitiendo copia de los escritos de formalización; todo ello en los términos señalados en el Artículo 174 del Código Civil.

Art. 51. “Cesación.

1. *El acogimiento familiar administrativo cesará, previa comunicación a la Administración del Principado de Asturias, cuando lo soliciten los padres, siempre que no estuvieren privados de la patria potestad, tutores o guardadores del menor, así como la persona o personas que lo reciban en acogimiento.*

2. *Si el interés del menor así lo requiriera, la Administración del Principado de Asturias podrá revocar el consentimiento otorgado en la formalización del acogimiento familiar”.*

Art. 52. “Constitución por la Autoridad judicial.

Cuando exista oposición a la adopción de la medida de acogimiento familiar por parte de los padres, siempre que no estuvieren privados de la patria potestad, o de los tutores del menor, o no comparecieren, únicamente podrá ser adoptada por la Autoridad judicial en interés del mismo, a propuesta de la Administración del Principado de Asturias o del Ministerio Fiscal y conforme a lo establecido en el

- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, arts. 31 a 38⁶⁸¹.

Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Art. 53. “Propuesta por la Administración del Principado de Asturias.

La propuesta de acogimiento familiar realizada por la Administración del Principado de Asturias ante la Autoridad judicial, reflejará, en todo caso, las relaciones que pudiesen existir entre el menor y el acogedor o acogedores propuestos o, en su defecto, las razones que justifiquen la propuesta concreta”.

Art. 54. “Relaciones con la familia de origen.

Constituido el acogimiento familiar conforme a las disposiciones contenidas en este Capítulo, la Autoridad judicial establecerá o suspenderá el derecho que asiste a la familia del menor a relacionarse con el mismo, garantizando el principio de reserva establecido en el Código Civil si las circunstancias del caso así lo requirieran, especialmente si el acogimiento constituido tiene finalidad preadoptiva”.

⁶⁸¹ Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia:

Art. 31. “Finalidad.

El acogimiento tiene como finalidad la adaptación a la vida en familia de menores, de manera transitoria, bien para su reinserción en su familia de origen, bien como paso previo a su posible adopción y siempre con los efectos que expresamente se señalan en el artículo 173. 1º del Código Civil”.

Art. 32. “Selección de acogedores.

1. Para la selección de las personas o familias de acogida existirá un registro de personas o familias dispuestas al acogimiento de menores.

2. Reglamentariamente se determinarán los requisitos y circunstancias que deban reunir las familias o personas de acogida.

3. Los datos que figuren en el Registro General de Adopciones y Acogimientos Preadoptivos tendrán carácter reservado, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que, por razón de su cargo, los revelen e hicieren uso indebido de los mismos.

4. Todas las solicitudes de adopción serán objeto de valoración y diagnóstico psicosocial por parte de la Administración Regional, a efectos de estudio y determinación de la idoneidad de los solicitantes, recabando la necesaria información de los técnicos de los Servicios Sociales de las distintas Administraciones.

Habrà una relación de carácter general, estableciéndose reglamentariamente los casos en que las circunstancias especiales de los menores aconsejen la alteración del orden en la lista general, debiendo motivarse en todo caso, las citadas circunstancias”.

Art. 33. “Formalización.

1. El acogimiento se formalizará por escrito en documento privado normalizado, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 173 del Código Civil, remitiéndose copia de dicho documento al Ministerio Fiscal.

2. Cuando los padres o tutor del menor se opongan al acogimiento o no comparezcan a prestar su consentimiento, la entidad pública tramitará propuesta motivada al juez, a fin de que éste, en interés del niño, acuerde lo que proceda.

3. En el supuesto previsto en el número anterior, y en tanto no se dicte resolución judicial, con el fin de evitar el internamiento o la permanencia prolongada del menor en un centro, la entidad pública podrá, en ejercicio de la tutela, confiar la guarda del niño a una persona o personas que lo reciban en su familia, siempre bajo la vigilancia de la entidad pública y de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV de este Título.

La entidad pública comunicará inmediatamente la medida al Ministerio Fiscal”.

Art. 34. “Reserva en las actuaciones.

Con la finalidad de no perjudicar la futura adopción en los casos en que ésta se prevea como viable y conforme se establece en los arts. 1826, párrafo 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 173.4 del Código Civil, el organismo competente cuidará que la relación entre el niño y sus progenitores o familiares naturales se efectúe sin contacto o conocimiento entre éstos y la familia de acogida”.

Art. 35. “Del acogimiento con fines adoptivos.

1. Se puede aplicar la medida de acogida como paso previo para la adopción:

a) Si el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga, o si por cualesquiera motivos los padres o los tutores están sometidos a una

- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, arts. 60 a 72⁶⁸².

causa de privación de la patria potestad y se prevé que esta situación pueda ser permanente.

b) Si los padres o tutores están imposibilitados para ejercer su potestad y se prevé que esta situación pueda ser permanente.

c) Si los padres o tutores lo solicitan al organismo competente y hacen abandono de los derechos y los deberes inherentes a su condición.

d) Si el menor no tiene familia.

e) Si lo determina la Autoridad judicial.

2. En los casos determinados en el apartado 1 se suspenderán las visitas y las relaciones con la familia biológica, a fin de conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del menor”.

Art. 36. “Constitución del acogimiento con fines adoptivos.

1. El organismo competente acordará el acogimiento con fines adoptivos, con el consentimiento de los padres o los tutores que no estén privados de la patria potestad o removidos del cargo tutelar y habiendo oído al menor de doce años, si tiene suficiente conocimiento y es posible. Si el menor tiene más de doce años, la acogida requiere su consentimiento. Si no se ha podido conocer el domicilio o paradero de los padres o tutores, o si habiendo sido citados no comparecen en el plazo de treinta días, o disienten, sólo el juez, en interés del menor, puede acordar la acogida preadoptiva.

2. Los acogedores serán elegidos con criterios de idoneidad, fijados por reglamento, y que tendrán en cuenta la edad, la aptitud educadora, la situación familiar y otras circunstancias que mejor se ajusten al interés del menor.

3. Los acogedores manifestarán su consentimiento por escrito ante el mismo organismo competente”.

Art. 37. “Obligaciones de los acogedores.

Las personas que reciben un menor en acogimiento tienen la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral bajo la supervisión del organismo competente, que facilitará el asesoramiento necesario.

Art. 38. “Cese del acogimiento.

1. Además de por las causas previstas en el Artículo 17, el acogimiento cesa por muerte, incapacidad o voluntad de la familia o persona acogedora, sin perjuicio de que, de manera inmediata, se proceda a una nueva acogida, simple o preadoptiva.

2. La acogida preadoptiva podrá cesar también por solicitud del menor, si tiene más de doce años, caso en el cual será preciso establecer la medida de protección que proceda en beneficio del menor”.

⁶⁸² Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias:

Art. 60. “Clases y régimen. El acogimiento de menores se ajustará a las modalidades y al régimen previsto en el Código Civil, así como a las previsiones que se contienen en el presente Capítulo”.

Art. 61. “Selección de acogedores. 1. Los acogedores serán seleccionados con arreglo al interés primordial del menor, teniendo en cuenta, entre otros factores, la aptitud educadora, la situación familiar, la relación con el menor, si existiese, y los demás criterios de idoneidad que se establezcan reglamentariamente, en atención tanto a la modalidad como a la finalidad del acogimiento.

2. En los acogimientos en familia, con la finalidad de favorecer la reintegración familiar y evitar el desarraigo del menor, tendrán preferencia para ser acogedores los miembros de la familia extensa del mismo, o sus guardadores de hecho cuando estén unidos a éste o a su familia por una especial y cualificada relación y demuestren tener aptitudes para la atención y desarrollo integral del menor.

3. En los acogimientos en hogar funcional, el responsable o responsables del mismo deberán ser previamente declarados idóneos para el desempeño de sus labores, a solicitud de la entidad colaboradora titular del hogar.

4. En los acogimientos con finalidad preadoptiva, los acogedores serán seleccionados con arreglo a los criterios de valoración previstos para la adopción”.

Art. 62. “Formalización. Los acogimientos, cualquiera que sea la modalidad en que se ejerza, deberán formalizarse en la forma y con el contenido que se establece en el Código Civil”.

Art. 63. “Seguimiento y colaboración. 1. El órgano competente de la Administración Autonómica

efectuará el seguimiento de todos los acogimientos formalizados.

2. Asimismo, prestará a la persona o familia acogedora la colaboración y el apoyo técnico, psicopedagógico, social, económico y jurídico que requieran y sean necesarios para la efectividad de los objetivos del acogimiento”.

Art. 64. “Clases y régimen. El acogimiento familiar podrá ejercerse por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar familiar, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”.

Art. 65. “Acogimiento en familia. 1. El acogimiento en familia es la medida de amparo por la que se otorga la guarda de un menor a una persona o familia, e impone a ambos los deberes y obligaciones previstos legalmente.

2. El acogimiento en familia tiene como finalidad procurar al menor un núcleo de convivencia familiar adecuado, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

3. En el acogimiento en familia simple y en el permanente podrán ser compensados económicamente los gastos sanitarios, educativos y de manutención del menor, en los supuestos en que sea imprescindible para su desempeño, a juicio del órgano competente para acordarlo, de conformidad con el régimen y cuantía que se disponga reglamentariamente”.

Art. 66. “Acogimiento profesionalizado. 1. El acogimiento familiar simple y el permanente podrán constituirse con carácter profesionalizado.

2. Se entiende por acogimiento profesionalizado aquel en que la persona o familia que acoge en su núcleo familiar a uno o varios menores recibe una cantidad mensual por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos.

3. Reglamentariamente se determinará el número máximo de menores que pueden tener en acogimiento y el régimen e importe de las cantidades a percibir por este concepto”.

Art. 67. “Acogimiento en hogar funcional. 1. Tiene la consideración de hogar funcional el núcleo de convivencia permanente similar al familiar, en el que su responsable o responsables residan de modo habitual en el mismo.

2. En cada hogar familiar podrá acogerse el número máximo de menores que se establezca reglamentariamente, en atención a la superficie útil, condiciones y medios de que disponga.

3. Este acogimiento tendrá carácter remunerado, conforme al régimen y cuantía que se establezcan reglamentariamente.

4. El órgano competente de la Administración Autonómica ejercerá la inspección y control de los hogares funcionales. A estos efectos, los responsables de los hogares están obligados a informar periódicamente sobre la situación personal de los menores acogidos y, en su caso, remitir propuestas razonadas sobre las medidas de amparo que deban aplicarse a los mismos.

Acogimiento residencial”.

Art. 68. “Supuestos. El acogimiento residencial sólo podrá acordarse cuando el menor esté en período de observación, durante el tiempo estrictamente necesario, o cuando el resto de las medidas de amparo devengan inviables, insuficientes o inadecuadas”.

Art. 69. “Principios de actuación. El ejercicio del acogimiento residencial se regirá por los principios siguientes:

a) Procurar que el menor permanezca bajo esta medida el menor tiempo posible, sobre todo durante la primera infancia.

b) Evitar, en la medida de lo posible, la separación de los hermanos, procurando que la acogida se confíe a un mismo centro.

c) Procurar que el menor sea acogido en el centro más adecuado a sus necesidades concretas que esté más próximo a su entorno familiar y social, a fin de que la relación del menor con éste no sufra alteraciones.

d) Evitar interferencias innecesarias en la vida escolar y social del menor, procurando la continuidad en el centro educativo donde esté escolarizado y la utilización por los menores de los equipamientos y servicios públicos de su entorno o del entorno del centro”.

Art. 70. “Cambio de centro. Los cambios de centro de acogida deberán acordarse por resolución motivada, previa audiencia del menor si hubiere cumplido los 12 años o tuviere suficiente juicio. Dicha

- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, arts. 66 a 73⁶⁸³.

resolución será notificada a los padres o tutores y comunicada inmediatamente al Ministerio Fiscal”.

Art. 71. *“Menores con deficiencias o discapacidades. La acogida residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas, o alteraciones psiquiátricas, que estén sujetos a amparo, se llevará a efecto en centros específicos, en los que se garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades”.*

Art. 72. *“Menores toxicómanos. La acogida residencial de los menores toxicómanos sujetos a amparo tendrá lugar en centros específicos, en los que se garantizarán la asistencia y tratamiento específico que demande su situación”.*

⁶⁸³ Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón:

Art. 66. *“Acogimiento residencial en centro de protección de menores.*

1. *La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, acordará el acogimiento residencial cuando el resto de los instrumentos de protección resulten imposibles, inadecuados o insuficientes.*

2. *Asimismo, procurará que el menor permanezca internado durante el tiempo más breve posible. A tal fin, cuando se acuerde el acogimiento residencial, se programarán los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o, en interés del menor y según los objetivos de protección, para la adopción de otras medidas.*

3. *Los menores en acogimiento residencial deberán respetar las normas del centro, así como colaborar con los profesionales en las actuaciones que se decidan en su beneficio.*

4. *La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y períodos vacacionales.*

5. *Todos los centros de protección de menores deberán estar autorizados por la Administración de la Comunidad Autónoma. Reglamentariamente se determinarán las clases de centros, los derechos y deberes de los menores, el procedimiento de ingreso y de baja, así como su autorización, organización y funcionamiento.*

6. *El órgano competente inspeccionará y supervisará, al menos semestralmente, el funcionamiento de los centros y el desarrollo y cumplimiento de los programas de protección y los derechos de los menores y emitirá informe valorativo. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores. La inspección, supervisión y vigilancia comprenderá también la adecuación de los recursos materiales y personales a los fines previstos en cada centro.*

7. *Cada menor residente deberá contar con un proyecto socioeducativo que persiga su pleno desarrollo físico, psicológico y social. Deberá potenciarse la preparación escolar y ocupacional al objeto de facilitar en lo posible su inserción laboral. Asimismo, se potenciará el conocimiento de los derechos y deberes fundamentales y de los valores de convivencia democrática recogidos en la Constitución.*

8. *Al menos durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, la Administración de la Comunidad Autónoma efectuará un seguimiento de aquellos al objeto de comprobar que su integración sociolaboral sea correcta, aplicando las ayudas técnicas o económicas necesarias. Para ello, se podrá recabar la colaboración de los servicios sociales comunitarios gestionados por entidades locales, así como de cualesquiera otros organismos e instituciones”.*

Art. 67. *“Características de los centros de protección de menores.*

1. *Son centros de protección de menores los destinados al desarrollo integral de la personalidad de los mismos, acogiendo, cuidando y educando a los que por motivos de protección deban ser separados temporal o definitivamente de su núcleo familiar o entorno social.*

2. *Para garantizar a los menores el completo desarrollo de su personalidad, dichos centros tendrán las siguientes características:*

a) *Su dimensión y número de plazas serán los precisos para que puedan fomentar las relaciones personales y la madurez afectiva. A tal objeto, se procurará que sean centros de dimensiones y número de plazas reducidas. Reglamentariamente se establecerá el número máximo de plazas de cada centro.*

b) *Serán centros residenciales integrados en la comunidad y abiertos a su entorno social, de acuerdo con las necesidades de los menores y los objetivos de protección.*

c) *Serán centros que asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores y tendrán carácter eminentemente educativo, adaptando el proyecto educativo a las características*

Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en

personales de cada menor.

d) Estarán abiertos a la relación y colaboración familiar, siempre que la reinserción familiar sea en interés del menor.

e) En general, y especialmente durante la infancia, se favorecerá la convivencia normal de menores de ambos sexos y de diferentes edades”.

Art. 68. “Centro de observación y acogida.

1. Es el centro de protección destinado a la acogida y observación del menor, mientras se realiza el estudio de su situación y de las medidas más adecuadas para su protección. La estancia de un menor en un centro de observación y acogida no será superior a dos meses.

2. En ningún caso podrán actuar como centros de observación y acogida los centros concertados ni los centros de las instituciones colaboradoras de integración familiar.

3. Se respetará el derecho a la educación de los menores residentes en los centros de observación y acogida, permitiendo la continuidad de su formación en el centro educativo al que asistieran hasta el momento de ser internados o en otros similares. En los casos en que las circunstancias del menor aconsejaren la no asistencia a un centro educativo, se establecerá la coordinación necesaria con el centro educativo de procedencia, de forma que el menor pueda mantener el proceso educativo en igualdad de condiciones con sus compañeros de curso”.

Art. 69. “Los acogimientos residenciales especiales.

1. El acogimiento residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas que estén sujetos a protección se realizará en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial en su caso.

2. El acogimiento residencial de los menores sujetos a protección en los que se detecte consumo de drogas tendrá lugar en centros adaptados a sus necesidades cuando su tratamiento en centros ambulatorios de intervención con adolescentes no sea suficiente.

3. La entidad pública cuidará del respeto a los derechos de los menores en dichos centros y les garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

4. Las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estos menores que sean necesarias para su adecuada atención se realizarán con arreglo a la legislación vigente y con la debida autorización judicial”.

Art. 70. “Acogimiento familiar.

El acogimiento familiar es una medida de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran”.

Art. 71. “Contenido.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones establecidas en la legislación civil aplicable, así como la de respetar los acuerdos recogidos en el documento de su formalización”.

Art. 72. “Modalidades de acogimiento familiar.

1. El acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento familiar simple, acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo, con el alcance y efectos que para estas modalidades se regulan en las normas civiles aplicables.

2. Reglamentariamente se regularán estas clases de acogimiento en lo que hace referencia a sus características, posibilidad de compensación, profesionalización y la necesidad de seguimiento y formación”.

Art. 73. “Acogimiento provisional.

1. Si los padres o personas que ejerzan la autoridad familiar o tutores no consienten o se oponen al acogimiento, éste sólo podrá ser acordado por el Juez. No obstante, junto a las modalidades de acogimiento establecidas en los artículos anteriores, la entidad pública podrá acordar el acogimiento provisional en los casos y en la forma regulados por la legislación civil aplicable.

2. El órgano competente deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días”.

⁶⁸⁴ Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León:

Art. 90. “Concepto y contenido del acogimiento familiar.

1.- El acogimiento familiar es una forma de ejercer la guarda como medida de protección mediante el que se otorga la custodia y atención de un menor a una persona o familia que asume las obligaciones señaladas expresamente en el artículo 173 del Código Civil.

2.- El acogimiento familiar tiene como finalidad procurar al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción.

3.- Las personas acogedoras vendrán obligadas a colaborar con la Administración en las actuaciones contempladas en el Plan de Caso con el objetivo de conseguir la integración definitiva del menor”.

Art. 91. “Criterios de aplicación del acogimiento familiar.

El acogimiento familiar se regirá por los siguientes criterios:

a) Será de aplicación preferente para los menores separados de su familia, tanto más cuanto menor sea su edad, y se procurará su utilización en la modalidad de provisional cuando los padres no presten su consentimiento.

b) Se facilitarán las relaciones entre el menor y su familia de origen siempre que no obstaculicen la acción protectora o resulten perjudiciales para su desarrollo e integración.

c) Se favorecerá la permanencia del menor en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en la familia extensa y que aquel pueda continuar en sus actividades anteriores, salvo que, en ambos casos, no resulte aconsejable en atención a su interés primordial.

d) Se procurará atribuir a una misma persona o familia la guarda de todos los hermanos cuando ello no sea contrario al interés de “estos”.

Art. 92. “Clases y modalidades del acogimiento familiar.

1.- El acogimiento familiar será acordado en los casos, con las modalidades y con el procedimiento previstos en el Código Civil.

2.- Cuando el interés del menor aconseje la modificación de la modalidad del acogimiento, será necesario promover conjuntamente el cese del preexistente y la constitución del nuevo con observancia de los trámites procedimentales regulados en los artículos 64 a 66 de la presente Ley.

Art. 93. Promoción, selección y formación de familias y personas acogedoras.

1.- La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá campañas de sensibilización social e información para la búsqueda de personas y familias que puedan colaborar en el acogimiento de menores, especialmente para aquellos casos en los que éstos presenten características y necesidades especiales.

2.- Los acogedores serán seleccionados en función del interés primordial del menor, teniendo en cuenta las actitudes y aptitudes educativas que presenten, así como su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole que aquel manifieste, considerándose finalmente los criterios específicos que puedan establecerse en función de las distintas modalidades y contenido de los acogimientos.

3.- En los acogimientos cuya finalidad no sea la adopción se dará preferencia a familiares o personas que tengan o hayan tenido con el menor una previa y positiva relación, siempre que demuestren suficiente capacidad para ocuparse de su atención y desarrollo.

4.- Cualquiera que sea la modalidad del acogimiento, las personas que vayan a acoger por primera vez a un menor, sin tener con él una especial y cualificada relación previa, deberán recibir antes una formación específica”.

Art. 94. “Apoyo en el acogimiento familiar.

La Administración de la Comunidad Autónoma prestará a las personas acogedoras, así como a la familia de origen en su caso, la colaboración para hacer efectivos los objetivos de la medida, así como los apoyos de carácter técnico, jurídico, social o, en su caso, económico, que sean precisos en función de las necesidades que presente el menor, de las características del acogimiento y de las dificultades para su desempeño”.

Art. 95. “Concepto y contenido del acogimiento residencial.

1.- El acogimiento residencial es una forma de ejercer la guarda como medida de protección que consiste en el alojamiento y atención del menor en un centro.

2.- El acogimiento residencial tiene como finalidad contribuir a la creación de las condiciones que garanticen la adecuada cobertura de las necesidades físicas, psíquicas, emocionales y sociales del menor y el efectivo ejercicio de sus derechos, favorezcan su integración familiar y social y permitan su desarrollo adecuado, todo ello en el marco del Plan de Caso y de un Plan de Intervención Individualizado de carácter socio-educativo”.

Art. 96. “Criterios de aplicación del acogimiento residencial.

1.- La medida de acogimiento residencial se acordará en ausencia de otros recursos, cuando éstos resulten inviables, insuficientes o inadecuados, o cuando constituya la mejor manera de que las necesidades del menor sean atendidas.

2.- Se procurará que el menor permanezca bajo esta medida el menor tiempo posible, evitando que la misma se prolongue más allá de lo que sea imprescindible o rebase los límites a que se refiere en el artículo 76.4 de esta Ley.

3.- El acogimiento del menor se llevará a cabo en el centro que pueda proporcionarle el estilo de vida más normalizado y adecuado a sus necesidades y circunstancias, tratando, siempre que sea factible y acorde con lo previsto en el Plan de Caso, de mantener la proximidad al entorno familiar y social, a fin de no alterar ni interferir sus relaciones y actividades anteriores.

4.- El acogimiento residencial ordinario a los menores con expedientes de protección podrá llevarse a cabo tanto en los centros específicos a ellos destinados, como en los dispositivos normalizados disponibles para la población infantil general, en las condiciones que se establezcan.

5.- Para el acogimiento residencial de menores con necesidades especiales, por presentar graves discapacidades, toxicomanías, trastornos psiquiátricos o enfermedades crónicas de carácter grave, u otros problemas de similar naturaleza y entidad, se dispondrá de recursos especializados en las redes respectivas, debiendo garantizarse una calidad y nivel de las prestaciones asistenciales, educativas y terapéuticas adecuados a las necesidades que aquellos presenten.

6.- Para menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social existirán dispositivos especiales en los que, en el marco de la acción protectora, se llevará a cabo una intervención intensiva de naturaleza socio-educativa y/o terapéutica, de carácter integral, centrada en el área personal del menor y dirigida a la modificación de sus actitudes y al favorecimiento de su proceso de socialización, orientándose a la inserción de aquellos en los dispositivos normalizados lo antes posible.

7.- En los supuestos del apartado anterior que reglamentariamente se determinen, cuando los menores presenten los problemas que el mismo contempla en un grado tal que supongan un riesgo evidente de daños o de perjuicios graves a sí mismos o a terceros, se dispondrán dispositivos especiales que permitan una intervención educativa de orientación preventiva, intensiva, inmediata y de corta duración, en un ambiente estructurado y de seguridad, y en los que aquellos podrán ser ingresados dando cuenta al Ministerio Fiscal en el plazo más breve posible, todo ello sin perjuicio de poder instar, cuando proceda y de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, el internamiento judicialmente autorizado en establecimiento de salud mental o en centro de educación o formación especial.

8.- Cuando las circunstancias y el interés del menor lo hicieren necesario, podrán ser utilizados centros ubicados en otras Comunidades Autónomas para la atención de los supuestos considerados en los apartados anteriores.

9.- Se procurará que todos los hermanos puedan alojarse y ser atendidos en el mismo centro cuando ello no sea contrario a su interés”.

Art. 97. “Tipos, requisitos y características generales de los centros.

1.- Los centros destinados a la atención de menores con medidas de protección podrán ser de diverso tipo de acuerdo con las características de la población que atiendan y de las funciones que cumplan.

2.- La Junta de Castilla y León regulará los requisitos, características y funcionamiento de los centros.

3.- Todos los centros ubicados en la Comunidad, cuya finalidad específica sea el alojamiento y atención de menores con medidas de protección, ya sean de titularidad de la Administración de la Comunidad Autónoma o dependientes de una entidad legalmente reconocida, deberán estar autorizados según la normativa vigente, regulándose a tal fin los requisitos que han de reunir en cuanto a sus condiciones arquitectónicas, de seguridad, sanitarias, de equipamiento, de personal, organizativas, de funcionamiento interno, de programación e intervención socio-educativa, de atención y participación, y cualesquiera otras que se estimen de interés.

- Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, arts. 69 a 81⁶⁸⁵.

4.- Todos los centros contarán con un Plan General que favorezca el cumplimiento de sus fines, la convivencia y la participación de los menores acogidos, y se regirán por un reglamento de funcionamiento, debiendo ambos acomodarse a las disposiciones generales que para su homologación dicte la Administración de la Comunidad Autónoma.

5.- Los centros se organizarán en unidades de convivencia reducidas que favorezcan la atención integral de las necesidades y el desarrollo del menor, respeten su intimidad e identidad, y permitan un trato afectivo y una vida cotidiana personalizada.

6.- A todo menor se le proporcionará, conforme a su Plan de Intervención Individualizado, una atención personalizada acorde a sus necesidades, facilitándole asimismo figuras de referencia lo más estables posible.

7.- El personal de los centros deberá tener la competencia y preparación adecuadas, a cuyos efectos se asegurará su formación continuada.

8.- Sin perjuicio de la superior vigilancia que corresponde al Ministerio Fiscal, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León la autorización, la inspección y supervisión periódicas, y el control de todos los centros destinados a la atención de menores con medidas de protección”.

Art. 98.- “Concertación. 1.- Para llevar a cabo adecuadamente la medida de acogimiento residencial, podrán concertarse plazas con entidades públicas y privadas.

2.- A tal efecto existirá una normativa reguladora del ámbito, los criterios, las condiciones y la financiación de la acción concertada en relación con dichas plazas.

Artículo 99.- Procedimiento de ingreso en los centros.

1.- El acogimiento residencial será acordado por decisión judicial o mediante resolución administrativa en la que se determinará el ingreso del menor en el centro correspondiente.

2.- Excepcionalmente, en los casos de urgencia en los que no pueda acudir a la autoridad administrativa o judicial, el ingreso será no obstante llevado a efecto, comunicándose luego la incidencia al órgano competente tan pronto como sea posible, a fin de que se proceda al estudio de la situación del menor y se resuelva definitivamente.

3.- Todo ingreso en acogimiento de un menor en un centro será notificado por escrito, de forma inmediata, a los padres no privados de la patria potestad, tutores o guardadores, e igualmente comunicado al Ministerio Fiscal”.

⁶⁸⁵ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco:

Art. 69. “Definición de acogimiento familiar.

El acogimiento familiar es aquella medida de protección de niños, niñas y adolescentes que, con carácter administrativo o judicial, otorga la guarda de un niño, niña o adolescente a una persona o núcleo familiar con la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, atenderlo, alimentarlo, cuidarlo y procurarle una formación integral a fin de proporcionarle una vida familiar sustitutiva o complementaria de la propia.

En el marco del acogimiento, la familia acogedora asume una función de colaboración con la Administración en el ejercicio de sus funciones de protección”.

Art. 70. “Procedimiento de formalización del acogimiento familiar.

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 173.2 del Código Civil, el acogimiento familiar se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, el de las personas que reciban a la persona menor de edad y el de ésta si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres y madres y éstos no estuvieran privados de la patria potestad, o, en su caso, el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional.

2. El documento de formalización del acogimiento familiar a que se refiere el apartado anterior incluirá los siguientes extremos:

los consentimientos necesarios; la modalidad de acogimiento y la duración prevista para el mismo; los derechos y deberes de cada una de las partes, y, en particular, la periodicidad de las visitas por parte de

la familia del niño, niña o adolescente acogido, el sistema de cobertura por parte de la entidad pública o por otros responsables civiles de los daños que sufra el niño, niña o adolescente o de los que pueda causar a terceros, así como la asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria; el contenido del seguimiento que realice la entidad pública y el compromiso de colaboración de la familia acogedora en ese seguimiento; la compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores, debiendo ser la misma suficiente para dar cobertura a los gastos ordinarios y, en su caso, extraordinarios originados por el acogimiento; las características del acogimiento, indicando si se lleva a cabo por acogedores que actúan con carácter profesionalizado o si se realiza en un hogar funcional; el informe de la entidad pública de protección.

Dicho documento se remitirá al Ministerio Fiscal.

3. Si los padres y madres, el tutor o la persona menor que tuviera doce años cumplidos no consienten o se oponen al acogimiento éste sólo podrá ser acordado por el juez, en interés de la persona menor de edad. La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el apartado anterior.

No obstante, la entidad pública podrá acordar, en interés de la persona menor de edad, un acogimiento familiar provisional que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial.

La entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días”.

Art. 71. “Modalidades de acogimiento familiar.

El acogimiento familiar revestirá las modalidades de acogimiento simple, permanente y preadoptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 bis del Código Civil. Asimismo, el acogimiento familiar podrá tener carácter provisional en virtud de su artículo 173.3”.

Art. 72. “Cese del acogimiento familiar.

El acogimiento familiar del niño, niña o adolescente podrá cesar por las siguientes causas:

a) Por resolución judicial firme.

b) Por decisión de las personas que lo ejercen, previa comunicación de éstas a la administración pública competente.

c) A petición del tutor o de los padres y madres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.

d) Por resolución administrativa de la entidad pública, tenga o no la tutela, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés del niño, niña o adolescente, oídas las personas acogedoras.

e) A petición de la persona menor de edad, siempre que tenga los doce años cumplidos.

f) Por fallecimiento del niño, niña o adolescente o de la persona acogedora.

Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el juez”.

Art. 73. “Familias acogedoras.

1. La Administración pública competente sólo aprobará las propuestas de acogimiento a favor de aquellas personas que, mediante un estudio psicosocial previo, acrediten su adecuación para garantizar la cobertura de las necesidades del niño, niña o adolescente y el cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas.

2. En la valoración de las circunstancias que concurran en las personas o familias que soliciten acoger a un niño, niña o adolescente, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

a) Disponer de medios de vida estables y suficientes.

b) Disfrutar de un estado de salud física y psíquica que garantice la atención normalizada del niño, niña o adolescente.

c) En el caso de que los solicitantes acrediten que constituyen una unión, ya sea matrimonial o de hecho, haber convivido de forma continuada durante aproximadamente un período mínimo de un año inmediatamente anterior a la solicitud.

d) Llevar una vida familiar estable.

e) Disfrutar de un entorno familiar y social favorable a la integración del niño, niña o adolescente.

f) No existir en las historias personales de los solicitantes episodios que impliquen riesgo para el niño, niña o adolescente.

g) Mostrar flexibilidad en las actitudes y adaptabilidad a situaciones nuevas.

h) Comprender la dificultad inherente a la situación del niño, niña o adolescente.

i) Respetar la historia personal y familiar del niño, niña o adolescente.

j) Aceptar las relaciones entre el niño, niña o adolescente y su familia de origen y, en su caso, el régimen

de visitas establecido por la autoridad pública competente.

k) *Mostrar una actitud positiva de colaboración y compromiso en la formación y el seguimiento técnico.*

l) *Compartir entre los miembros de la unidad familiar una actitud favorable al acogimiento.*

m) *Manifestar una motivación al acogimiento familiar en la que prevalezcan el interés superior del niño, niña o adolescente y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo.*

3. *Los órganos forales de los territorios históricos crearán y mantendrán actualizada una lista de familias acogedoras en la que se indicará si han realizado algún acogimiento, o si se les ha propuesto realizarlo; y en caso de existir un acogimiento previo, el resultado de éste.*

4. *Los órganos forales de los territorios históricos organizarán campañas informativas y de captación de familias acogedoras”.*

Art. 74. *“Apoyo y supervisión del acogimiento familiar.*

1. *Los servicios territoriales especializados de protección a la infancia y adolescencia deberán prestar apoyo a las familias acogedoras tanto para asesorarles en el ejercicio de las funciones que asumen en el marco familiar como para orientarles y, en su caso, ayudarles cuando finalice el período de acogimiento o cuando la convivencia prosiga una vez alcanzada la mayoría de edad.*

2. *Los servicios territoriales especializados de protección a la infancia y adolescencia deberán proceder, con carácter periódico, a la supervisión de los acogimientos familiares constituidos, a fin de determinar si se desarrollan ajustándose a las necesidades y al interés superior del niño, niña o adolescente acogido.*

3. *En el marco de los procedimientos de decisión que apliquen los servicios territoriales especializados con respecto a una persona menor de edad que se encuentra en acogimiento familiar, se oirá a todas las personas interesadas, en particular a la familia biológica, a la familia acogedora y al niño, niña o adolescente cuando tenga suficiente juicio”.*

Art. 75. *“Definición de acogimiento residencial.*

El acogimiento residencial es una medida alternativa de guarda, de carácter administrativo o judicial, cuya finalidad es ofrecer una atención integral en un entorno residencial a niños, niñas y adolescentes cuyas necesidades materiales, afectivas y educativas no pueden ser cubiertas, al menos temporalmente, en su propia familia”.

Art. 76. *“Principios de actuación administrativa en el ámbito del acogimiento residencial.*

1. *La administración pública competente, cuando acuerde el acogimiento residencial de un niño, niña o adolescente, procurará que el período de internamiento sea lo más breve posible, salvo que convenga al interés de la persona menor de edad, con objeto de favorecer el retorno a la familia biológica, el acogimiento familiar, la tutela ordinaria, la adopción o la emancipación, principalmente en la primera infancia. El ejercicio de la guarda mediante acogimiento residencial recae en el director o directora o, en su defecto, en la persona responsable del centro donde sea acogido el niño, niña o adolescente.*

2. *Las administraciones públicas competentes en materia de protección a la infancia y adolescencia, para llevar a cabo las medidas de acogimiento residencial, podrán establecer convenios o acuerdos de colaboración con entidades colaboradoras de integración familiar donde se contemplen los sistemas de participación de las personas menores, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga la cesión de titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución”.*

Art. 77. *“Autorización, registro, inspección y homologación de centros residenciales.*

Los centros de acogimiento residencial para niños, niñas o adolescentes situados en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco deberán ajustarse al régimen de autorización, registro, homologación e inspección previsto en la Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales, y sus disposiciones de desarrollo.

En particular, estos centros estarán constituidos conforme a las leyes que les sean aplicables. En sus estatutos o reglas figurará como fin la protección de personas menores de edad y deberán disponer siempre de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.

La entidad pública deberá señalar las limitaciones que procedan respecto de la actuación de los centros de acogimiento residencial, los cuales estarán siempre sometidos a las directrices, inspección y control de aquélla”.

Art. 78. *“Normativa reguladora de los centros residenciales.*

1. *El Gobierno Vasco, a través del departamento competente en materia de asuntos sociales, determinará reglamentariamente, de conformidad con lo establecido en la disposición final segunda, los requisitos*

materiales, funcionales y de personal exigibles a los diferentes tipos de centros, haciendo expresa referencia a los derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales y a la necesaria existencia en cada centro de un reglamento de régimen interior que se ajuste a las particularidades del centro y a su proyecto educativo.

2. El desarrollo reglamentario al que alude el apartado anterior determinará los diferentes tipos de centros de acogimiento residencial en función de criterios diversos, como las necesidades de los niños, niñas y adolescentes atendidos, los modelos de atención o el tamaño de las estructuras. En particular, regulará las características que deberán reunir los centros, en términos de recursos educativos, terapéuticos o de seguridad, en aquellos casos en los que deban atender a personas menores de edad que presenten conductas particularmente disruptivas que supongan un riesgo evidente de daños o de perjuicios graves a sí mismos o a terceros. Tales supuestos serán objeto de un control especialmente riguroso tanto por parte de las administraciones forales de las que dependen como por parte de las fiscalías de menores.

3. La normativa mencionada en los apartados anteriores será de aplicación a todos los centros residenciales para niños, niñas y adolescentes situados en la Comunidad Autónoma del País Vasco, independientemente de su titularidad pública o privada”.

Art. 79. “Inspección de los centros residenciales.

1. Las administraciones públicas competentes en materia de protección de personas menores de edad deberán realizar la inspección de los centros residenciales al menos una vez al semestre y, en todo caso, siempre que así lo exijan las circunstancias.

2. Así mismo, el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 174 del Código Civil, deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros residenciales destinados al acogimiento de niños, niñas y adolescentes”.

Art. 80. “Derechos y obligaciones de los residentes.

1. El desarrollo reglamentario al que alude el artículo 78 regulará los derechos y obligaciones de los niños, niñas y adolescentes en su calidad de residentes.

2. En todo caso, los niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial tendrán derecho a:

a) Ser informados de sus derechos y obligaciones.

b) Ser atendidos sin discriminación por razón de nacimiento, edad, raza, sexo, estado civil, orientación sexual, aptitud física o psíquica, estado de salud, lengua, cultura, religión, creencia, ideología o cualquier otra condición o circunstancia personal, económica o social, respetando sus orígenes y favoreciendo la conservación de su bagaje cultural y religioso.

c) Tener cubiertas las necesidades básicas de la vida cotidiana que permitan su desarrollo personal integral.

d) Acceder a los servicios necesarios para atender todas las necesidades que exige el adecuado desarrollo de su personalidad, siendo prioritaria siempre su atención en la comunidad a través de la red de servicios ordinarios.

e) Disfrutar en su vida cotidiana de unos períodos equilibrados de actividad, ocio y sueño.

f) Recibir un trato digno por parte del personal del centro y de los demás residentes.

g) Ver respetada la confidencialidad de los datos que constan en su expediente individual y el deber de reserva en su utilización.

h) Mantener relaciones con sus familiares y personas significativas, siempre que no sea contrario a su interés, y recibir visitas en el centro o en otros lugares que se determinen en cada caso.

i) Ver respetada la intimidad y sus pertenencias individuales en el centro, así como la inviolabilidad de su correspondencia y el derecho a recibir y hacer llamadas telefónicas en privado, salvo que ello ponga en riesgo su protección.

j) Participar en la elaboración o modificación de las normas de convivencia contenidas en el reglamento de régimen interno, así como en la programación y desarrollo de las actividades del centro.

k) Ser informados, en un lenguaje adaptado a su nivel y capacidad de entendimiento, de los procedimientos de reclamación existentes en el centro y de la posibilidad de manifestar una queja ante el ministerio fiscal, el defensor o defensora de la Infancia y la Adolescencia o los servicios de inspección, o ante las administraciones competentes en materia de protección.

l) Conocer su situación legal en todo momento.

m) Contar con un plan de intervención individualizada y participar en su elaboración y evaluación

- Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, arts. 67 a 72⁶⁸⁶.

periódicas.

n) Ser oídos en las decisiones de trascendencia que les afecten si son mayores de doce años, en todo caso, y si tuvieren juicio suficiente, también los niños, niñas y adolescentes que todavía no hayan alcanzado dicha edad.

ñ) Participar en las evaluaciones y procedimientos de inspección de los que sea objeto el centro.

o) Ser atendidos por personal cualificado por su formación y experiencia.

p) Contar con la participación de sus padres y madres en su atención y en las decisiones que les conciernen, siempre que no sea contrario a su interés.

q) No ser separado de sus hermanos o hermanas, permaneciendo todos juntos en el mismo centro, siempre que no sea contrario a su interés.

3. Los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de residentes de un centro de acogimiento, tienen las siguientes obligaciones:

a) Respetar y cumplir las normas de funcionamiento y convivencia del centro.

b) Respetar la dignidad y función de cuantas personas trabajen o vivan en el centro.

c) Desarrollar las actividades escolares, laborales o cualesquiera otras orientadas a su formación.

d) Hacer un uso adecuado de las instalaciones y de los medios materiales que se pongan a su disposición.

e) Cumplir las medidas educativas correctoras impuestas, según lo dispuesto en el artículo siguiente.

f) Someterse, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, a los reconocimientos y pruebas médicas que sean precisos en garantía del derecho a la salud de la propia persona menor de edad y de las demás personas que viven o trabajan en el centro”.

Art. 81. “Medidas educativas correctoras.

1. El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo anterior dará lugar a la aplicación de medidas educativas correctoras. Estas medidas deberán tener contenido y función esencialmente educativos y no podrán implicar, directa o indirectamente, castigos corporales, privación de la alimentación, privación del derecho de visita de los familiares, intervención de las comunicaciones orales o escritas, privación del derecho a la educación obligatoria y de asistencia al centro escolar o privación del derecho a la asistencia sanitaria tampoco podrán atentar contra su dignidad. Se fundamentan en la función correctora que el Código Civil, en sus artículos 154 y 268, hace recaer en los padres y madres o tutores.

2. Las conductas que podrán ser objeto de medidas educativas correctoras, el contenido de estas últimas y las pautas de aplicación de las mismas deberán ser objeto de regulación en el marco del desarrollo reglamentario de centros a que se refiere el artículo 78. En dicha regulación deberá preverse el derecho de la persona menor de edad a ser oída, a aportar pruebas y a ser asesorada por la persona que designe, así como el registro de las medidas impuestas, con indicación de la conducta o hecho que las origine y de las circunstancias de su aplicación.

3. Entre las medidas educativas correctoras se otorgará especial relevancia a la petición de excusas a la persona ofendida, la restitución de los bienes o la reparación de los daños.

4. En función de su naturaleza, las medidas podrán ser aplicadas por cualquiera de los profesionales que integran el equipo educativo, o cuando correspondan a conductas o hechos de gravedad, quedar reservadas al director del centro o a quien ejerza funciones de responsable del mismo. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las medidas que, con carácter provisional, deban adoptarse de forma inmediata a fin de evitar daños en las personas o en las cosas”.

⁶⁸⁶ Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra:

Art. 67. “Formalización de la guarda y el desamparo.

La tutela de los menores desamparados y la guarda se formalizarán a través del acogimiento”.

Art. 68. “Modalidades de Acogimiento.

1. De conformidad con la regulación contenida en la legislación civil, el acogimiento podrá adoptar las modalidades de familiar o residencial.
2. A tenor de lo establecido en la legislación civil, el acogimiento podrá adoptar, asimismo, las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad: simple, permanente y preadoptivo.
3. Será objeto de desarrollo reglamentario lo relativo al contenido y al procedimiento de esta figura de protección del menor”.

Art. 69. “Criterios generales a aplicar en los acogimientos.

Para su aplicación, el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral aplicará los siguientes criterios:

- a) Favorecerá la permanencia del menor en su propio ambiente, procurando el acogimiento con la familia extensa, salvo que tal medida no resulte aconsejable para los intereses del menor.
- b) Dará prioridad al acogimiento familiar sobre el residencial.
- c) Facilitará las relaciones entre el menor y su familia natural para posibilitar su reintegración a la misma.
- d) Intentará atribuir la guarda de todos los hermanos a un mismo acogedor.
- e) El acogimiento se mantendrá por el tiempo estrictamente necesario, procurando la integración del menor en el entorno social y la asistencia a los sistemas educativos, sanitarios y laborales.
- f) Se procurará que la modalidad de acogimiento sea la más adecuada a las concretas necesidades del menor y que esté más próximo a su entorno familiar, a fin de que la relación entre éste y su familia no sufra excesivas alteraciones, salvo cuando no se considere conveniente este contacto”.

Art. 70. “Seguimiento del acogimiento

El personal especializado a que hace referencia el artículo 40 de la presente Ley Foral realizará, con el apoyo de los Servicios Sociales de Base, un seguimiento periódico, tanto de los acogimientos familiares como residenciales, en el que se evaluará y documentará la situación y evolución del menor y de su familia biológica, y el funcionamiento del acogimiento. Asimismo realizarán intervenciones con la familia biológica para preparar la vuelta del menor, siempre que sea posible.

En los acogimientos familiares se establecerán reglamentariamente medidas para atender las necesidades que tienen las familias de acogida, proporcionando las ayudas económicas, materiales y de otro tipo que permitan la mejora del medio familiar y la atención del menor en condiciones adecuadas”.

Art. 71. “Acogimiento administrativo y judicial

1. El acogimiento administrativo, esto es, aquel acogimiento consentido por todas las partes, será formalizado por el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral, con el contenido y los consentimientos legalmente establecidos.
2. En los casos en los que el acogimiento deba ser declarado judicialmente, es decir, cuando no exista consentimiento entre las partes, el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral formulará propuesta de acogimiento ante el órgano jurisdiccional competente.
3. No obstante, se podrá acordar un acogimiento provisional que subsistirá hasta tanto no se produzca resolución judicial y que se formalizará de acuerdo con lo establecido en la legislación civil”.

Art. 72. “Modificación del acogimiento

Podrá modificarse, o solicitar la modificación correspondiente al juzgado competente en el supuesto de acogimientos constituidos judicialmente, la modalidad del acogimiento cuando se considere beneficioso para el menor conforme al procedimiento reglamentariamente establecida”.

⁶⁸⁷ Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja:

Art. 74. “Concepto y contenido.

1. El acogimiento es el modo de ejercicio de la guarda asumida sobre un menor por la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja en alguno de los supuestos enunciados en el artículo 62 de esta Ley, consistente en la integración del menor en una familia, en su modalidad de familiar, o en su internamiento en una institución, en la modalidad de residencial.
2. La persona o personas en cuyo favor se haya constituido el acogimiento, en el familiar, y el Director del Centro, en el residencial, ejercerán las funciones propias de la guarda, asumiendo las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. En el desempeño de estas funciones, respetarán las instrucciones y la facultad de inspección que

como titular de la guarda corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja”.

Art. 75. “Criterios generales.

1. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales, para proceder a la aplicación de la medida del acogimiento, se guiará por los siguientes criterios:

a) Prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial.

B) Mantenimiento del menor en su propio entorno, prefiriendo en lo posible el acogimiento en familia extensa del menor o en favor de personas con quien éste hubiera sostenido previamente relaciones positivas, siempre que su interés resulte así salvaguardado.

C) Promoción del retorno del menor a su familia de origen. Para ello, se facilitarán las relaciones del menor con aquélla, impidiéndose sólo en aquellos casos que claramente contraríen su interés.

D) Respeto y fomento de los vínculos fraternales, procurando la atribución del acogimiento de todos los hermanos a la misma familia o institución, en lo posible. En caso contrario, se favorecerán las relaciones entre los hermanos, mediante la fijación de visitas y contactos periódicos.

2. Para salvaguardar el interés del menor, las medidas de acogimiento se adoptarán, en todo caso, bajo los principios de intervención mínima y de proporcionalidad establecidos en el artículo 36 de esta Ley”.

Art. 76. “Acogimiento de urgencia.

1. Como consecuencia de la declaración de desamparo en caso de urgencia contemplada en el artículo 53 de esta Ley y en tanto la Consejería competente en materia de servicios sociales dicte resolución definitiva sobre el desamparo, podrá procederse al acogimiento de urgencia del menor en familia o institución, según venga requerido para su mejor atención.

2. Por su carácter transitorio, este acogimiento no requerirá del cumplimiento de las formalidades propias de esta medida ni, aun recayendo en familia, habrá de ajustarse a alguna de las tres modalidades previstas para el acogimiento familiar. No obstante, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de esta Ley, habrá de comunicarse al Ministerio Fiscal y, si fuera posible, a los padres, tutores o guardadores de hecho del menor, en el plazo de cuarenta y ocho horas, junto a la declaración de desamparo de urgencia.

3. Este acogimiento de urgencia, en tanto dependiente de la declaración definitiva de desamparo, no podrá exceder de tres meses”.

Art. 77. “Medidas de seguimiento.

1. La Consejería competente en materia de servicios sociales iniciará y desarrollará un proceso de seguimiento continuado del que quedará constancia en informes periódicos elaborados al menos cada seis meses, de los menores sometidos a acogimiento familiar o residencial, a fin de evaluar la adaptación del menor a la medida, su desarrollo acorde a las necesidades del menor y las perspectivas de retorno a su familia de origen. El resultado de este seguimiento se expresará en un informe, que se incorporará al expediente del menor.

2. Los acogedores tienen el derecho y el deber de colaboración con la Administración en esta labor de seguimiento, especialmente permitiendo el acceso al menor de modo que quede plenamente garantizada su libertad de expresión y la confidencialidad de sus manifestaciones.

3. Con independencia de las actuaciones que el Ministerio Fiscal emprenda en cumplimiento de sus obligaciones, la Consejería competente en materia de servicios sociales le dará traslado del informe en que se recojan las conclusiones de esta labor de seguimiento”.

Art. 78. “Cese y modificación del acogimiento.

1. De conformidad con lo establecido en la legislación civil vigente, el acogimiento del menor cesará:

a) Por resolución judicial, necesariamente si el acogimiento se constituyó por esta vía.

B) Por decisión de la persona o familia de acogida, previa comunicación a la entidad pública.

c) De oficio o a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía, o del propio menor, por resolución del titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales, bien por haber desaparecido la situación de desprotección que motivó la constitución del acogimiento, bien cuando lo considere aquélla necesario para salvaguardar el interés del menor. En el expediente se oírán en todo caso a los acogedores, al propio menor, y a su tutor o a los padres que no estuvieren privados de la patria potestad.

D) Por la mayoría de edad, emancipación o habilitación de edad del menor.

E) Por la constitución de la adopción.

2. Cuando la situación y el interés del menor aconsejen la modificación de la modalidad del acogimiento,

será necesario promover conjuntamente el cese del existente y la constitución del procedente, de conformidad con el procedimiento previsto.

3. Todas las actuaciones de formalización, modificación y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva”.

Art. 79. “Finalidad.

1. El acogimiento familiar procura la integración del menor en un núcleo familiar estable y adecuado a sus necesidades para ofrecerle atención en un marco de convivencia, bien sea con carácter temporal, permanente o como paso previo a la adopción.

2. La persona o personas acogedoras vienen obligadas a prestar al menor todos los cuidados personales necesarios, y en concreto a velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Asimismo, los acogedores tienen el derecho y el deber de colaborar con la Administración en las actuaciones que ésta desarrolle para lograr la plena integración social del menor, en especial facilitando, en su caso, las relaciones de éste con su familia de procedencia y las labores de seguimiento que aquélla periódicamente desarrolle”.

Art. 80. “Modalidades del acogimiento.

De conformidad con la legislación civil vigente, el acogimiento familiar puede ser:

a) Simple o transitorio, indicado cuando la situación del menor permita prever la reinserción en su propia familia o en tanto se adopte una medida de protección más estable.

B) Permanente, indicado cuando la edad u otras circunstancias personales o familiares del menor desaconsejen o impidan la constitución del acogimiento preadoptivo, al tiempo que permitan prever una duración prolongada de la medida de protección.

C) Preadoptivo, indicado cuando previéndose la imposibilidad de reinserción del menor en su familia de origen, se considere lo más favorable a su interés la plena integración en otra familia a través de la adopción. Este acogimiento se formalizará por la Consejería competente en materia de servicios sociales como paso previo a la adopción, con anterioridad a la elevación de la propuesta de ésta al Juez. Constatada la evolución positiva y satisfactoria del acogimiento, la propuesta de adopción habrá de presentarse en el plazo máximo de nueve meses desde la constitución de aquél”.

Art. 81. “Apoyo técnico y económico en el acogimiento familiar.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja prestará a los menores, las personas acogedoras y a la familia de origen la colaboración precisa para hacer efectivos los objetivos de la medida, así como los apoyos de carácter técnico, jurídico o social precisos en función de las necesidades del menor, características del acogimiento y dificultades de su desempeño.

2. Los acogimientos familiares simple y permanente podrán ser remunerados, rigiéndose los requisitos, condiciones y procedimiento para el establecimiento de la remuneración por las correspondientes disposiciones reglamentarias. Del mismo modo, pero sólo de forma transitoria, también los acogimientos preadoptivos de menores con características, circunstancias o necesidades especiales podrán ser remunerados”.

Art. 82. “Acogimiento familiar profesionalizado.

1. El acogimiento familiar simple y el permanente podrán ejercerse con carácter profesionalizado, cuando recaigan en persona o personas especialmente cualificadas que acogen en su núcleo familiar a uno o varios menores y reciben una cantidad por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos.

2. Reglamentariamente se determinará el número máximo de menores que puedan tenerse en acogimiento profesionalizado y el régimen e importe de las cantidades a percibir por este concepto, así como los requisitos de formación de los acogedores”.

Art. 83. “Acogimiento en hogar funcional.

1. El acogimiento familiar simple y el permanente podrán ejercerse en hogar funcional, entendiendo por tal un núcleo de convivencia similar al familiar donde su responsable o responsables residen de modo habitual. Los hogares funcionales podrán depender de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de las Entidades Locales o de Instituciones colaboradoras de integración familiar, debidamente acreditadas por aquélla.

2. El acogimiento en hogar funcional tendrá carácter remunerado, conforme al régimen y cuantía que se determine reglamentariamente.

3. En cada hogar funcional podrá acogerse el número máximo de menores que se establezca

reglamentariamente, en atención a la superficie útil y las condiciones y medios de que disponga.

4. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales ejercerá la inspección y control de los hogares funcionales. A estos efectos, los responsables de los hogares están obligados a informar periódicamente sobre la situación personal de los menores acogidos”.

Art. 84. “Selección de acogedores.

1. Los acogedores serán seleccionados en función del interés primordial del menor, considerando, entre otros factores, la aptitud educadora, la situación familiar, la relación previa con el menor y los demás criterios de idoneidad que se establezcan reglamentariamente, en atención tanto a la modalidad como a la finalidad del acogimiento.

2. Para favorecer la reintegración familiar y evitar el desarraigo del menor, tendrán preferencia para ser acogedores los miembros de su familia extensa o las personas con una previa y positiva relación con el menor, siempre que demuestren suficiente capacidad y disponibilidad para su atención y desarrollo integral.

3. Los acogedores profesionales y los responsables de los hogares funcionales habrán de contar, previamente a la formalización del acogimiento, con la declaración de idoneidad para el desempeño de sus labores.

4. En el acogimiento preadoptivo, los acogedores habrán de contar con una previa declaración de idoneidad, y serán seleccionados según los criterios de valoración previstos para la adopción”.

Art. 85. “Promoción y formación de familias y personas acogedoras.

1. La Dirección General competente en materia de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja promoverá campañas de sensibilización social e información para la búsqueda de personas dispuestas a asumir el acogimiento de menores, especialmente en sus modalidades de simple y permanente y en relación con menores con características, circunstancias o necesidades especiales.

2. En toda clase de acogimiento, quienes vayan a acoger por primera vez a un menor sin haber mantenido con él una especial y cualificada relación previa, deberán recibir antes una formación específica”.

Art. 86. “Formalización del acogimiento familiar.

1. Las resoluciones que dicte el titular de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, por las que se acuerde que procede ejercer la guarda de un menor mediante su acogimiento familiar, contendrán todos los extremos a que se refieren los números 2.1 a 6.1 del párrafo segundo del artículo 173.2 del Código civil.

2. Adoptada que sea una de las resoluciones a que se refiere el número anterior, se procederá a la formalización por escrito del acogimiento familiar. A tal fin, se extenderá por triplicado ejemplar un acta con el siguiente contenido:

a) La transcripción íntegra de la resolución administrativa por la que se declare la procedencia del acogimiento familiar.

b) Expresión de que, en consecuencia, se procede a la formalización del acogimiento, al que prestan su consentimiento los acogedores, el menor si tuviera doce años cumplidos y los padres que no estuvieren privados de la patria potestad o el tutor del menor.

Si los padres no fueren conocidos o hubieren prestado su consentimiento con anterioridad, se certificarán estos extremos por la autoridad certificante de la Consejería, incorporándose los oportunos certificados como anexo al acta.

El consentimiento de las personas especificadas en el apartado b) se ratificará con su firma y en unidad de acto. No obstante, si no fuere conveniente al interés del menor la presencia de sus padres o de su tutor, la firma de éstos podrá llevarse a cabo con carácter previo o posterior, lo que se hará constar en el acta mediante diligencia.

Se incorporará igualmente, como anexo al acta, un informe del equipo técnico de atención a menores en el que se justificará la procedencia del acogimiento familiar acordado.

El acta se rubricará con un conforme, en nombre de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el titular de la Dirección General competente en materia de protección de menores.

3. Uno de los ejemplares del acta de formalización del acogimiento familiar se custodiará en la Consejería competente en materia de servicios sociales, remitiéndose el otro al Ministerio Fiscal y el tercero a las personas acogedoras.

4. A falta del consentimiento de los padres o tutor facultados para prestarlo, se solicitará al Juez, en un

plazo máximo de quince días, la constitución del acogimiento familiar, formulando a tal efecto la oportuna propuesta, con el contenido que establece el párrafo primero del artículo 173.3 del Código civil”.

Art. 87. “Concepto y contenido.

1. El acogimiento residencial comporta el ingreso de un menor en un centro residencial de titularidad de la Comunidad Autónoma, o de una institución pública o privada colaboradora, conforme a sus características, con la finalidad de recibir la atención, educación y formación adecuadas.
2. Conlleva la atribución del ejercicio de la guarda del menor al Director del centro o institución, bajo la vigilancia de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales y la superior del Ministerio Fiscal.
3. Se adoptará esta medida cuando el acogimiento familiar no resulte posible o aconsejable, atendiendo siempre al interés superior del menor, y por el tiempo que sea estrictamente necesario. A tal fin, cuando se acuerde el acogimiento residencial se programarán los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o para la adopción de otras medidas, en interés siempre del menor”.

Art. 88. “Procedimiento de ingreso.

1. El acogimiento residencial procederá por resolución del órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja adoptada conforme a lo dispuesto, para sus respectivos casos, en los artículos 67 y 71 de esta Ley; y por decisión judicial, en los supuestos a que se refiere el artículo 62.3.1 de la misma.
2. En todo caso, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja la determinación del centro concreto en que ha de ser ingresado el menor, decisión que se adoptará, motivadamente, en función de la disponibilidad de plazas, las características de los centros y las circunstancias personales del menor, atendiendo siempre a su superior interés.
3. Adoptada la medida, será inmediatamente comunicada por escrito a los padres, tutores, guardadores y al Ministerio Fiscal, así como al propio menor si tuviere suficiente juicio”.

Art. 89. “Régimen de los centros de acogimiento residencial de menores.

1. Los centros radicados en la Comunidad de La Rioja podrán ser públicos o concertados. Son públicos aquellos cuya dirección y gestión corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma y concertados los que, perteneciendo a otras entidades públicas o privadas y careciendo de ánimo de lucro, están autorizados como tales por el órgano administrativo competente en atención a los requisitos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.
2. Con independencia de la superior vigilancia que corresponde al Ministerio Fiscal, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja inspeccionará y supervisará, al menos semestralmente, el funcionamiento de los centros y el desarrollo y cumplimiento de los programas de protección, tanto generales como individuales, así como el respeto en los centros de los derechos de los menores, con emisión de un informe valorativo. Dicho informe se remitirá, asimismo, al Ministerio Fiscal”.

Art. 90. “Organización de los centros de acogimiento.

1. Los centros de atención de menores podrán ser de diverso tipo según las características de la población a que atiendan. Se procurará el ingreso en ellos de menores de características similares, para evitar siempre cualquier situación que pueda resultar perjudicial o arriesgada para el menor.
2. Los centros se organizarán en unidades de convivencia reducidas, a fin de favorecer la atención de las necesidades del menor, su desarrollo integral, el respeto a su identidad e intimidad y el establecimiento de relaciones afectivas personalizadas.
3. Cada centro dispondrá de un proyecto socioeducativo de carácter general, con independencia del individualizado para cada menor, así como de unas normas de régimen interior, cuyos contenidos serán objeto de desarrollo reglamentario.
4. El personal del centro efectuará, al ingreso del menor, un proyecto socioeducativo individualizado en el que, para conseguir el objetivo de lograr su desarrollo personal e integración social, se fijarán los objetivos a lograr a corto, medio y largo plazo. Deberá potenciarse la preparación escolar y ocupacional”.

Art. 91. “Acogimientos residenciales especiales.

1. El acogimiento residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas sujetos a protección se realizará en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial en su caso.

Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, arts.79 a 85⁶⁸⁸.

2. *El acogimiento residencial de menores sujetos a protección en que se detecte consumo de drogas se realizará en centros adaptados a sus necesidades, cuando su tratamiento en centros ambulatorios no resulte suficiente.*

3. *Para menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social se establecerán centros especiales, cuyo proyecto socioeducativo se dirigirá, en especial, a la integración social del menor y su incorporación a los centros normalizados.*

4. *Cuando el interés del menor requiera su acogimiento en un centro de características específicas y no exista en el ámbito territorial de La Rioja ninguno que las reúna, se acordará su acogimiento residencial en un centro adecuado de otra Comunidad Autónoma. A tal fin, y en la forma que se determine reglamentariamente, deberá quedar acreditada en el expediente tal adecuación y, en todo caso, que dichos centros están autorizados por la Administración competente.*

Asimismo, cuando no convenga al interés del menor su permanencia en el territorio de La Rioja, podrá acordarse su acogimiento residencial en un centro ubicado en otra Comunidad Autónoma, autorizado por la Administración competente y que reúna los demás requisitos que se fijen reglamentariamente”.

⁶⁸⁸ Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares:

Art. 79. “Constitución.

1. *Los acogimientos se constituyen por resolución del órgano de la entidad pública competente para la protección de las personas menores de edad de las Illes Balears o mediante resolución judicial según lo previsto en la regulación estatal vigente.*

2. *La resolución debe ser motivada y establecer el tipo de acogida, la forma en que debe ejercerse y su duración”.*

Art. 80. “Régimen general.

1. *Siempre que sea posible y favorable al interés de las personas menores de edad, la acogida de hermanos se confiará a una misma persona, familia, entidad colaboradora o centro de acogida residencial.*

2. *La entidad pública competente que tenga menores bajo su guarda o tutela, deberá informar a los progenitores o a la persona que ejerce la tutela o la guarda, sobre la situación de las personas menores de edad cuando no exista resolución judicial que lo prohíba.*

3. *Debe facilitarse la comunicación entre la persona menor de edad y su familia natural, con objeto de posibilitar su futuro reintegro en la misma.*

4. *Los derechos de visita y comunicación con la familia natural pueden ser restringidos por la administración por causa técnica motivada, sin perjuicio de instar su suspensión ante el órgano judicial.*

5. *El régimen de acogida se ejercerá bajo la vigilancia, el asesoramiento y ayuda del órgano competente y bajo la superior vigilancia del Ministerio Fiscal”.*

Art. 81. “Tipos de acogimiento.

1. *El acogimiento puede ser familiar o residencial.*

2. *De acuerdo con los artículos 173 y 173 bis del Código Civil, los acogimientos familiares podrán revestir una de las siguientes modalidades:*

a) *Acogimiento familiar simple.*

b) *Acogimiento familiar permanente.*

c) *Acogimiento familiar preadoptivo”.*

Art. 82. “Supuestos en los que proceden.

1. *Se constituirán prioritariamente cuando la persona menor de edad en situación de desprotección haya de ser separada de su entorno parental y deba confiarse su guarda a una familia o persona que sea idónea para ello.*

2. *Para determinar la idoneidad de las personas o familias debe valorarse la edad, aptitud educadora, situación familiar, la motivación y cualquier otra circunstancia que garantice el desarrollo integral de la personalidad de la persona acogida.*

3. *El acogimiento familiar simple es de carácter transitorio y se da si la situación del niño o de la niña o*

del o de la adolescente hace prever la posibilidad de reinserción en su familia o mientras se adopta otra medida de protección más estable.

4. Si la edad u otras circunstancias del niño o de la niña o del o de la adolescente y su familia lo aconsejan, y siempre con el informe favorable de los servicios de atención al menor, se adoptará el acogimiento familiar permanente. En este caso, la entidad pública con competencias en esta materia podrá solicitar al Juzgado de Menores las facultades inherentes a la tutela para las familias acogedoras y siempre en atención al beneficio superior del niño o de la niña o del o de la adolescente”.

Art. 83. “Contenido.

1. La persona menor de edad acogida se integra plenamente en la vida de la familia, con el deber de respeto y obediencia, y gozará de los derechos reconocidos en la presente ley.

2. Las personas que reciben a una persona menor de edad en acogimiento tienen el deber de velar por ella, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una formación integral.

3. En el supuesto de un acogimiento familiar simple, éste se constituirá con duración determinada y teniendo en cuenta los siguientes criterios específicos:

a) Aceptación de la duración máxima del acogimiento familiar de dos años, prorrogables por resolución motivada.

b) Ausencia de expectativa de adopción.

c) Aceptación de la relación de las personas menores de edad con sus familias biológicas, cuando se valore posible y adecuado a sus necesidades.

4. En el supuesto de un acogimiento familiar permanente, éste se constituirá por una duración indeterminada y teniendo en cuenta los siguientes criterios específicos:

a) Aceptación del acogimiento familiar sin límite temporal predeterminado. No existe una previsión de retorno a la familia biológica, pero sí una posible relación.

b) Ausencia de expectativa de adopción.

c) Aceptación de la relación de la persona menor de edad con su familia biológica, cuando se valore posible y adecuado a sus necesidades.

5. El acogimiento se formalizará por escrito y deberá incluir los extremos contenidos en el artículo 173 del Código Civil”.

Art. 84. “Extinción.

1. Esta medida de protección se extingue por las causas generales contenidas en el artículo 78 de esta ley, en el 173.4 del Código Civil, y por las siguientes:

a) Muerte, ausencia o incapacidad de la persona acogedora.

b) Cuando la integración, la adaptación o la convivencia de la persona menor de edad en la familia acogedora no ha sido positiva.

2. En tales supuestos, el órgano competente decidirá sobre el mantenimiento de la misma medida en otra familia o persona idónea, o su sustitución por otra medida alternativa.

3. En todo caso, será necesaria resolución judicial de cese del acogimiento si este régimen ha sido acordado por el Juzgado de Menores”.

Art. 85. “Acogimiento familiar preadoptivo.

1. Cuando fuera necesario establecer un período de adaptación de las personas menores de edad a la familia con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, el órgano competente podrá formalizar un acogimiento familiar preadoptivo siempre que las personas acogedoras reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados para adoptar a la persona menor de edad y hayan prestado ante el órgano competente su consentimiento a la adopción.

2. La persona o las personas que acojan personas menores de edad han de ser declaradas idóneas y manifestar por escrito su consentimiento ante el órgano competente con carácter previo a la resolución.

3. El acogimiento familiar preadoptivo será objeto de seguimiento por parte de profesionales que comprobarán la atención e integración adecuada de la persona menor de edad en su familia.

4. El acogimiento familiar preadoptivo también podrá formalizarse en el momento en que el órgano competente presente su propuesta de adopción del niño o de la niña o del o de la adolescente ante la autoridad judicial, siempre que las personas acogedoras cumplan los requisitos necesarios para ser adoptantes, hayan sido seleccionadas para adoptar, hayan dado su consentimiento y la persona menor de edad se encuentre en situación jurídica favorable para ser adoptada”.

Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, arts. 109 a 121⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana:

Art. 109. “*La medida de acogimiento residencial.*”

1. *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 residencial.*

2. *Será acordada por los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores cuando, a propuesta de la Comisión Técnica competente, y en interés del menor, éste sea el recurso más adecuado, pese a la preferencia de la que goza el acogimiento familiar sobre el residencial.*

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”.*

Art. 110. “*Contenido de la medida de acogimiento residencial.*”

1. *Mediante el acogimiento residencial se ejercen las funciones inherentes a la guarda y en su aplicación deberá procurarse que el menor sea acogido en el centro que, siendo el más adecuado a sus necesidades concretas, se encuentre más próximo a su entorno familiar o social, a fin de que la relación con éste no sufra alteraciones, salvo que el interés del menor exija lo contrario.*

2. *Se procurará de forma prioritaria facilitar al menor el acceso a los sistemas ordinarios de carácter educativo, laboral, sanitario y a cualquier equipamiento o servicio público o privado de su entorno social o del entorno del centro, salvo en los casos en que las necesidades específicas de protección del menor aconsejen la atención en el interior del propio centro.*

3. *Al ingreso del menor, el centro elaborará un programa de intervención individualizado del mismo, en función de sus circunstancias personales y socio-familiares, fijando objetivos a corto, medio y largo plazo.*

4. *La adopción de esta medida deberá contemplar el trabajo con la familia del menor, para procurar su retorno de la forma más rápida posible”.*

Art. 111. “*Centros para la realización de la medida de acogimiento residencial.*”

1. *El acogimiento residencial se realizará, con carácter general, en aquellos centros que formen parte de la red pública de centros de protección de menores de la Comunitat Valenciana.*

Forman parte de la red pública de centros de protección de menores de la Comunitat Valenciana los centros de titularidad de la Generalitat y los centros financiados por ésta, sean de titularidad pública o privada.

2. *Asimismo, el acogimiento residencial de menores con necesidades especiales, como son, aquellos que presenten conductas inadaptadas, discapacidades psíquicas, trastornos mentales, enfermedades crónicas, y toxicomanías cuando éstas requieran de procesos de desintoxicación, se podrá practicar en los recursos especializados de las redes respectivas públicas, de educación, integración social de discapacitados, sanidad y drogodependencias.*

3. *No obstante, cuando las circunstancias y el interés del menor lo hicieren necesario, podrán ser utilizados centros ubicados en otras Comunidades Autónomas”.*

Art. 112. “*Tipología de centros de carácter residencial.*”

1. *Todos los centros de protección de menores que actúen dentro del ámbito de la Comunitat Valenciana deberán estar autorizados, de conformidad con la normativa reguladora en la materia y sin perjuicio de la necesidad de otras licencias o de aquellas autorizaciones que puedan requerir por la realización de actividades o la prestación de servicios de carácter sanitario o asistencial.*

2. *Los centros de protección de menores de carácter residencial serán centros abiertos de diversos tipos, de acuerdo con las características de la población que atiendan y de las funciones que cumplan. Respecto a esta tipología se estará a la legislación específica existente y a aquélla que se dicte en desarrollo o en sustitución de la misma o de la presente Ley.*

3. *Con el objeto de posibilitar la función educativa de los centros de protección de menores, éstos podrán*

estar dotados de elementos constructivos de seguridad y contención. Y podrán incorporar, a sus normas internas de funcionamiento y convivencia, medidas restrictivas de movilidad de entrada y salida de sus usuarios y de ordenación de medidas de control activas y pasivas. Todo ello dentro del respeto a los derechos que esta Ley y el ordenamiento jurídico reconoce a todo menor y el interés superior de éste. Estos centros o unidades tendrán el carácter de formación especial o terapéutica.

Art. 113. "Atención inmediata en los centros de recepción.

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".

Art. 114. "Del funcionamiento de los centros de protección de menores de carácter residencial.

1. Todos los centros residenciales de atención a menores deberán disponer de un Proyecto Global, que recoja el proyecto educativo y las normas de funcionamiento y convivencia.

2. Asimismo, los centros deberán disponer de órganos internos, de gobierno y participación, que aseguren la participación en la gestión del centro de todos los miembros de la comunidad educativa.

3. La Generalitat desarrollará reglamentariamente los contenidos mínimos de la planificación de los centros y de su estructura organizativa".

Art. 115. "Concepto y contenido.

1. 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 integral.

2. El acogimiento familiar 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 interés".

Art. 116. "Modalidades de acogimiento familiar.

1. El acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento familiar simple, acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo, con el alcance y efectos que para las mismas se regulan en las normas civiles aplicables.

2. El acogimiento familiar, en sus modalidades de simple y permanente, podrá distinguirse, en razón de la vinculación de la familia o persona acogedora y el menor, en acogimientos familiares en familia extensa, aquellos que se formalizan con personas vinculadas al menor o su familia por una relación de parentesco o por una especial y cualificada relación afectiva, y en acogimientos familiares con familia educadora, aquellos que se formalizan con personas sin vinculación alguna con el menor.

3. Asimismo y reglamentariamente se establecerán otras modalidades de acogimiento familiar simple y permanente, atendiendo a criterios de especialización de los acogedores y perfil del menor.

Art. 117. "Constitución del acogimiento familiar simple y permanente.

1. El acogimiento familiar simple y permanente se acordará en resolución administrativa de la persona titular del Servicio Territorial del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores, a propuesta de la Comisión Técnica competente.

2. El acogimiento familiar se formalizará por escrito, con los consentimientos y de acuerdo con las prescripciones que establece el artículo 173 del Código Civil".

Art. 118. "Acogimiento preadoptivo.

Corresponde al Consejo de Adopción de Menores de la Generalitat, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por su legislación específica, decidir y acordar los acogimientos preadoptivos de los menores, entre los solicitantes de adopción nacional declarados idóneos y en función del interés del menor".

Art. 119. "Registro de Familias Educadoras.

1. El Registro de Familias Educadoras es único en toda la Comunitat Valenciana. Los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores inscribirán en dicho Registro las personas que hayan sido declaradas aptas para formalizar un acogimiento familiar simple o permanente con menores, sin vinculación alguna con el menor, en función del interés educativo de éste.

- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, arts. 125 a 150⁶⁹⁰.

2. Respecto al procedimiento de inscripción en el Registro de Familias Educadoras y a su estructura, y respecto a la ordenación de las actuaciones de formación y selección de familias educadoras, se estará a la legislación específica existente y a aquella que se dicte en desarrollo o en sustitución de la misma o de la presente Ley.

3. En la instrucción del expediente, sin perjuicio de poder recabar informe del equipo municipal de servicios sociales o de entidad colaboradora de integración familiar, los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalitat en materia de protección de menores realizarán las actuaciones para la valoración de la aptitud para ser Familia Educadora”.

Art. 120. “Fomento del recurso de familias educadoras.

1. La Generalitat, las Entidades Locales y las instituciones colaboradoras privadas promoverán actividades de sensibilización social, difusión del recurso y captación de familias, y de defensa de los lícitos intereses de las familias educadoras.

2. Se impulsarán las actuaciones de captación y formación necesarias para favorecer la selección de personas y familias educadoras, que se especialicen en acogimientos familiares de menores en función de la edad y necesidades especiales de los mismos”.

Art. 121. “Apoyo e intervención

La Generalitat, bien directamente o a través de las Entidades Locales y de las instituciones colaboradoras privadas, prestará a las personas acogedoras, así como a la familia de origen del menor, la colaboración necesaria para hacer efectivos los objetivos propios del acogimiento familiar, así como los apoyos de carácter técnico, jurídico, social o, en su caso, económico, que sean precisos en función de las necesidades que presenta el menor, de las características del acogimiento y de las dificultades para su desempeño”.

⁶⁹⁰ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña:

Art. 125. “Medida de acogimiento familiar.

1. El niño o el adolescente desamparado debe ser confiado a una familia o a una persona que haga posible el desarrollo integral de su personalidad.

2. Las personas que reciben a un niño o a un adolescente en acogimiento ejercen su guarda y tienen la obligación de velar por esta persona, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una formación integral, bajo la supervisión de la entidad competente, que debe facilitar la ayuda y el asesoramiento necesarios”.

Art. 126. “Clases.

1. El acogimiento familiar puede ser simple o permanente.

2. El acogimiento familiar simple debe acordarse si se prevé que el desamparo será transitorio, y puede tener diferentes modalidades; la tipología y la duración de las modalidades de acogimiento familiar simple deben establecerse reglamentariamente.

3. El acogimiento familiar permanente debe acordarse si se prevé que el desamparo será definitivo y no se considera más favorable para el interés del niño o el adolescente la aplicación del acogimiento preadoptivo o cuando este no sea posible”.

Art. 127. “Acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia ajena

1. El acogimiento familiar, simple o permanente, puede constituirse en la familia extensa del niño o el adolescente o en familia ajena.

2. A los efectos de la presente ley, se entiende por familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el niño o el adolescente y la persona acogedora, o uno de los miembros de la familia acogedora, así como con los convivientes con el niño o el adolescente en los últimos dos años.

3. El acogimiento simple o permanente en familia extensa tiene preferencia respecto del acogimiento en familia ajena.

4. La elección de los familiares en el acogimiento simple o permanente en familia extensa debe hacerse teniendo en cuenta, en cualquier caso, que quienes quieren acoger al niño o adolescente han mostrado

suficiente interés por su bienestar, que existe vínculo afectivo con el mismo, que tienen la capacidad de preservarle de las condiciones que generaron la situación de desamparo, y una aptitud educadora adecuada. Asimismo, no debe haber oposición al acogimiento por parte de las personas que conviven en el domicilio de los acogedores”.

Art. 128. “Resolución de acogimiento.

El acogimiento familiar se acuerda por resolución motivada del departamento competente en infancia y adolescencia, sin necesidad del consentimiento de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda”.

Art. 129. “Formalización del acogimiento.

1. El acogimiento familiar debe formalizarse por escrito. En esta formalización escrita debe constar el consentimiento de los acogedores y del adolescente. En el caso de los niños, tienen derecho a ser escuchados si tienen la suficiente capacidad. El acto de formalización no es impugnabile.

2. En el momento de formalizar el acogimiento, el departamento competente en infancia y adolescencia debe facilitar a los acogedores los documentos necesarios para justificar la identidad del menor o la menor, los informes de salud y educativos de los que se disponga y la información de interés para el ejercicio de la guarda y las funciones tutelares delegadas.

3. Los criterios de selección de la persona o la familia de acogida deben establecerse por reglamento y deben tener en cuenta la edad, la aptitud educadora, la situación familiar y otras circunstancias en interés del niño o el adolescente.

4. El acogimiento de hermanos debe confiarse a una misma persona o familia, salvo que existan circunstancias que justifiquen su separación, y deben facilitarse las relaciones entre el niño o el adolescente y su familia natural cuando sea posible el reintegro a esta, para favorecerlo, y cuando pueda beneficiar al niño o al adolescente”.

Art. 130. “Finalización del acogimiento familiar.

El acogimiento familiar, además de por las causas establecidas por el artículo 124, finaliza por muerte, incapacidad o voluntad de la familia o la persona acogedora, y por voluntad del adolescente. En estos casos es preciso establecer a continuación la medida de protección que proceda en beneficio del niño o del adolescente”.

Art. 131. “Acogimiento convivencial de acción educativa.

1. El acogimiento en una unidad convivencial de acción educativa es el ejercido por personas previamente seleccionadas y calificadas por razón de su titulación, formación y experiencia en el ámbito de la infancia y la adolescencia.

2. El acogimiento en una unidad convivencial de acción educativa puede acordarse fundamentalmente respecto de niños o adolescentes con diversidad funcional, grupos de hermanos y otros en dificultades especiales o con necesidades educativas especiales”.

Art. 132. “Adopción de la medida de acogimiento en centro.

1. El acogimiento en centro debe acordarse cuando se prevé que el desamparo o la necesidad de separación de la propia familia serán transitorios y no ha sido posible o aconsejable el acogimiento por una persona o una familia. Es también aplicable cuando, existiendo los requisitos para el acogimiento preadoptivo, este no ha podido constituirse.

2. El acogimiento en centro consiste en ingresar al niño o al adolescente en un centro público o concertado adecuado a sus características, para que reciba la atención y la educación necesarias.

3. Los centros deben ser abiertos, integrados en un barrio o una comunidad, y deben organizarse siempre en unidades que permitan un trato afectivo y una vida cotidiana personalizados.

4. Los acogimientos en centros se constituyen por resolución del órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes.

5. Los hermanos deben ser acogidos en el mismo centro, salvo que no les resulte beneficioso.

6. El director o directora del centro ejerce por delegación las facultades y las obligaciones inherentes a la guarda.

7. La estancia durante períodos de tiempo cortos, fin de semana o vacaciones de un niño o adolescente con medida de acogimiento en centro, con una persona o familia colaboradora, debe tener lugar en las condiciones que se establezcan reglamentariamente, atendiendo de modo prioritario los casos de los niños o los adolescentes con discapacidades u otras situaciones que dificultan el establecimiento de un acogimiento simple o permanente”.

- Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria, arts. 75 a 77⁶⁹¹.

Art. 147. “Medida de acogimiento preadoptivo.

1. *La medida de acogimiento preadoptivo, como paso previo para la adopción, se acuerda en los siguientes casos:*

a) *Cuando no es posible la reintegración del niño o adolescente en su familia de origen y se considera que lo más favorable a su interés es la plena integración en otra familia mediante la adopción.*

b) *Cuando los progenitores o titulares de la tutela lo solicitan a la entidad pública competente y hacen abandono de los derechos y de los deberes inherentes a su condición.*

2. *A los efectos de lo establecido por el apartado 1, se entiende que no es factible la reintegración del niño o el adolescente en su familia biológica cuando, a pesar de que existe una posibilidad de reintegración, esta requeriría el transcurso de un período de tiempo durante el cual podría producirse un mayor deterioro psicosocial en el desarrollo evolutivo del niño o el adolescente.*

3. *Acordada la medida de acogimiento preadoptivo, deben suspenderse las visitas y las relaciones con la familia biológica, para conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del niño o del adolescente”.*

Art. 148. “Resolución de acogimiento.

1. *El acogimiento preadoptivo se acuerda por resolución del órgano competente sin necesidad de consentimiento de los progenitores y habiendo escuchado al niño, si tiene suficiente conocimiento. En el caso de los adolescentes, es necesario su consentimiento.*

2. *Los progenitores que no están privados de la potestad, los titulares de la tutela a quienes no les ha sido removida, siempre y cuando no hayan dado su consentimiento, o la madre que ha hecho abandono voluntario antes de haber transcurrido treinta días desde el parto, pueden oponerse judicialmente al acogimiento preadoptivo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución.*

3. *Cuando ha adquirido firmeza la resolución que acuerda el acogimiento preadoptivo, no es necesario el asentimiento de los progenitores a la adopción”.*

Art. 149. “Formalización del acogimiento.

El acogimiento preadoptivo debe formalizarse por escrito. En esta formalización escrita debe constar el consentimiento de los acogedores y del adolescente. La formalización no es impugnabile”.

Art. 150. “Finalización del acogimiento preadoptivo.

El acogimiento preadoptivo finaliza por las causas generales de extinción de las medidas de protección establecidas por el artículo 124 y, además, por las específicas que determina la legislación civil. La finalización por muerte, incapacidad o voluntad de los acogedores, por voluntad del adolescente y por decisión de la entidad pública competente comporta necesariamente el establecimiento de la medida de protección más apropiada para el beneficio del niño o el adolescente”.

⁶⁹¹ Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria:

Art. 75. “Servicio de acogimiento familiar.

1. *El servicio de acogimiento familiar es una prestación del Sistema Público de Servicios Sociales que consiste en encomendar la custodia y atención de una persona menor a una persona o familia que asume las obligaciones señaladas en el artículo 173 del Código Civil.*

2. *El acogimiento familiar procura la atención integral de la persona menor mediante su integración en un núcleo familiar estable, bien sea con carácter temporal, permanente o como paso previo a la adopción.*

3. *La persona o personas que la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria seleccione para acoger a la persona menor ejercerán las funciones propias de la guarda.*

4. *Las Administraciones Públicas y las instituciones colaboradoras promoverán campañas de sensibilización social y programas de búsqueda de personas y familias acogedoras.*

5. *Los Servicios Sociales de Atención Especializada, en colaboración con los de Atención Primaria, dispondrán de un servicio de acogimiento familiar que incluya:*

a) *Captación, formación y selección de personas y familias acogedoras.*

b) *Apoyo a personas y familias acogedoras.*

-
- c) Apoyo al acogimiento en familia extensa.
6. En la selección de personas o familias acogedoras, primará siempre el interés superior de la persona menor, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes factores:
- a) La aptitud educadora.
 - b) La situación familiar.
 - c) La relación previa con la persona menor, si existiera.
 - d) La capacidad de relación.
 - e) La edad.
 - f) Cualquier otro factor que se estime necesario para la adecuada selección de las personas acogedoras.
7. Los acogimientos que no tengan como finalidad la adopción de la persona menor darán preferencia a familiares o personas acogedoras de hecho siempre que demuestren suficiente capacidad para su atención o cuidado.
8. Las personas acogedoras tienen el derecho y el deber de colaborar en las actuaciones de protección recogidas en el plan de atención individual, dirigidas al desarrollo integral de la persona menor.
9. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria prestará a las personas acogedoras los apoyos formativos y técnicos que precisen para la consecución de los objetivos previstos en el plan de atención individual, en función de las necesidades de la persona menor y de las circunstancias del acogimiento.
10. Las personas acogedoras que no hayan tenido experiencia previa en materia de acogimiento familiar deberán recibir formación específica”.
- Art. 76. “Formalización del acogimiento familiar.
1. El acogimiento se formalizará por escrito, debiendo constar el consentimiento de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de la parte acogedora, de la persona menor, si tuviera doce años cumplidos, y de quienes ostenten la patria potestad o la tutela si fueran conocidos y no estuviesen privados o suspendidos de estas potestades, salvo que se tratase de un acogimiento familiar provisional regulado en el artículo 173.3 del Código Civil.
 2. El documento de formalización del acogimiento familiar contendrá los extremos establecidos en el Código Civil”.
- Art. 77. “Servicio de acogimiento residencial.
1. El servicio de acogimiento residencial es una prestación garantizada del Sistema Público de Servicios Sociales en los términos recogidos en el artículo 27 de la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo.
 2. El acogimiento residencial consiste en facilitar a aquellas personas menores que no pueden permanecer en sus hogares, y cuya guarda haya asumido la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, un lugar de residencia y convivencia que cumpla con el cometido de una adecuada satisfacción de las necesidades de protección, educación y desarrollo.
 3. Este servicio tiene como finalidad contribuir a la creación de las condiciones que garanticen la adecuada cobertura de las necesidades físicas, psíquicas, emocionales y sociales de la persona menor y el efectivo ejercicio de sus derechos, favoreciendo su integración familiar y social y permitiendo un desarrollo adecuado, todo ello en el marco del plan de atención individual.
 4. La adopción de la medida de acogimiento residencial corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria o a la autoridad judicial cuando, atendiendo al interés superior de la persona menor, no resulte posible o aconsejable el acogimiento familiar, y procurando, en todo caso, que sea de carácter transitorio.
 5. El servicio de acogimiento residencial incluirá la atención a personas menores que presentan graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social, en recursos de atención especiales en los que, en el marco de la acción protectora, se llevará a cabo una intervención educativa de orientación preventiva, intensiva, inmediata y de corta duración, en un ambiente estructurado y de seguridad. Para ello, cuando las personas menores presenten problemas que supongan un riesgo evidente de daños o de perjuicios graves a sí mismas o a terceras personas, podrán ser ingresadas dando cuenta al Ministerio Fiscal en el plazo más breve posible, todo ello sin perjuicio de poder instar, cuando proceda y de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, el internamiento judicialmente autorizado en establecimiento de salud mental o en centro de educación o formación especial.
 6. Los Servicios Sociales de Atención Especializada dispondrán de un servicio de acogimiento residencial que incluya recursos de:

- Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, arts. 68 a 71⁶⁹².

a) Primera acogida.

b) Protección.

c) Autonomía y preparación para la autonomía.

d) Socialización y régimen especial.

7. Todo acogimiento de una persona menor se comunicará de forma inmediata por escrito, al padre o madre si no están privados de patria potestad, a las personas que ejerzan la tutela o guarda y al Ministerio Fiscal.

8. Corresponde a quien ejerza la dirección del centro de acogimiento ejercer la guarda de la persona menor acogida, con la garantía de sus derechos y mediante el correcto desempeño de las funciones inherentes a dicha guarda.

9. El acogimiento se realizará en régimen abierto, donde las únicas limitaciones de entrada y salida están marcadas por las necesidades educativas y de protección. Se podrán utilizar exclusivamente los medios de contención necesarios que se establezcan reglamentariamente para evitar y reprimir actos de violencia o intimidación o lesiones de las personas y daños en las instalaciones. La aplicación de los medios de contención durará sólo el tiempo indispensable.

10. Los centros deberán ajustarse, en cuanto a los requisitos materiales, funcionales y de organización, a las necesidades de atención personalizada que requieren las personas menores, de modo que se favorezca su desarrollo social y afectivo.

11. Sin perjuicio de la vigilancia que el Ministerio Fiscal deba ejercer sobre todos los centros que acogen a personas menores, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria la autorización, acreditación, inspección y supervisión de los centros de acogimiento residencial de la Comunidad Autónoma, que se regirán por lo dispuesto en la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, y en su normativa de desarrollo. La inspección y supervisión de dichos centros y servicios deberá realizarse semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias.

12. Los centros en que se desarrolle el servicio de acogimiento residencial no podrán tener más de veinticinco plazas, con excepción de los centros de primera acogida.

13. Todos los centros de acogimiento residencial dispondrán de un proyecto socioeducativo de carácter general, independiente del individualizado para cada persona menor, así como de un reglamento de régimen interior, cuyos contenidos serán objeto de desarrollo reglamentario.

14. Cada centro residencial dispondrá de su propio registro en el que constarán las personas menores acogidas”.

⁶⁹² Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia:

Art. 68. “Concepto y contenido.

1. El acogimiento es el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección, consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad de familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad de residencial.

2. La persona o personas en favor de la cual o de las cuales se constituyera el acogimiento, en el familiar, y la persona que ostente la dirección del centro, en el residencial, ejercerán las funciones propias de la guarda, asumiendo las obligaciones de velar, tener en su compañía, alimentar, educar y procurar una formación integral a la persona menor acogida. En el desempeño de estas funciones, respetarán las instrucciones y la facultad de inspección que como titular de la guarda corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia”.

Art. 69. “Criterios de aplicación.

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 15.1 y 16.2 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, y en aplicación de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos de Galicia en el ejercicio de las funciones de atención y protección a la infancia y la adolescencia, para la adopción de la medida de acogimiento se atenderá preferentemente a los criterios siguientes:

a) Dar prioridad a la utilización del acogimiento familiar sobre el residencial.

b) Evitar, en la medida de lo posible, la separación de hermanos y/o hermanas y procurar su acogimiento por una misma familia o en un mismo centro.

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, arts. 72 a 82⁶⁹³.

c) Favorecer la permanencia del niño, niña o adolescente en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en familia extensa, salvo que no fuera aconsejable para el interés de la persona menor acogida o de las o los menores del grupo familiar acogedor.

d) Fomentar las relaciones entre el niño, niña o adolescente y su familia natural para posibilitar su reintegración a la misma.

e) Mantener la medida por el tiempo estrictamente necesario.

f) Fomentar la integración del niño, niña o adolescente en el entorno social y la asistencia a los sistemas educativos, sanitarios y laborales.

g) Al objeto de facilitar la integración de la o el menor en una unidad familiar podrá compatibilizarse la utilización del acogimiento residencial y el familiar”.

Art. 70. “Acogimiento familiar.

1. El acogimiento familiar tiene como finalidad procurar a la menor o al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción. En el marco del acogimiento, la familia acogedora asume una tarea de colaboración con la administración en el ejercicio de sus funciones de protección.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 173 bis del Código civil y 17 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, las modalidades de acogimiento familiar son: el acogimiento familiar simple, el acogimiento familiar permanente y el acogimiento familiar preadoptivo.

3. Para la formalización de un acogimiento familiar será preciso que se valore la idoneidad de las personas candidatas a ser acogedoras en función de su capacidad y aptitud para satisfacer las necesidades de la o el menor.

4. Los acogimientos familiares se formalizarán por escrito de conformidad con la normativa civil de aplicación”.

Art. 71. “Acogimiento residencial.

1. El acogimiento residencial conlleva el ingreso de una menor o un menor en un centro residencial de titularidad de la Comunidad Autónoma o de una institución pública o privada colaboradora, al objeto de recibir la atención, educación y formación adecuadas que, al menos temporalmente, no pueda proporcionarle su propia familia.

2. Con arreglo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, el acogimiento residencial tiene carácter subsidiario respecto al familiar y demás medidas de protección de la o el menor. Solo se podrá recurrir al mismo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de mantenimiento del niño, niña o adolescente en su familia a través de la utilización de todos los recursos preventivos y el acogimiento familiar, la constitución de la tutela ordinaria o la adopción no sean posibles o se consideren inadecuados.

3. El acogimiento residencial será acordado por decisión judicial o mediante resolución administrativa, en la cual se determinará el ingreso de la o el menor en el centro correspondiente.

En todo caso, corresponde a la entidad pública la determinación del centro concreto en el que haya de ser ingresado el o la menor, decisión que se adoptará de forma motivada en función de las circunstancias personales del niño, niña o adolescente, atendiendo siempre a su superior interés, y de las características de los centros y de la disponibilidad de plazas”.

Art. 72. “Cesación.

El acogimiento cesará por las circunstancias y en las condiciones a que se refiere el artículo 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia”.

⁶⁹³ Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha:

Art. 72. “Contenido.

1. Mediante el acogimiento familiar se perseguirá la integración y la plena participación del menor en un núcleo familiar estable y adecuado a sus necesidades para ofrecerle atención en un marco de convivencia, bien sea con carácter temporal o permanente. 2. La familia acogedora asume una función de colaboración con la Administración en el ejercicio de sus funciones de protección”.

Art. 73. “Apoyo al acogimiento familiar.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha prestará a los menores, a las personas acogedoras y a la familia de origen la colaboración precisa para hacer efectivos los objetivos del acogimiento, así como los apoyos de carácter técnico, económico, jurídico o social precisos en función de las necesidades del menor, características del acogimiento y dificultades de su desempeño”.

Art. 74. “Acogimiento familiar especializado.

El acogimiento familiar podrá ejercerse con carácter especializado cuando se realice en el núcleo familiar de una persona o personas que hayan acreditado la adecuada cualificación por las especialidades características del menor o menores acogidos. El acogimiento familiar especializado puede determinar una compensación por la labor de acogimiento así como los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos, en los términos en que se establezca reglamentariamente”.

Art. 75. “Acogimiento en hogar funcional.

1. El acogimiento familiar podrá ejercerse en hogar funcional. 2. A los efectos de esta Ley, se entiende por hogar funcional el núcleo de convivencia estable, similar al familiar, en el que su responsable o responsables residen de modo habitual. 3. El acogimiento familiar en hogar funcional tendrá la consideración de acogimiento especializado. 4. Las condiciones bajo las que puede realizarse un acogimiento familiar en hogar funcional se establecerán reglamentariamente. 5. El órgano competente de la Administración Autonómica ejercerá la inspección y control de los hogares funcionales. A estos efectos, los responsables de los hogares están obligados a permitir el acceso y facilitar la información necesaria para hacer efectivo el control administrativo”.

Art. 76. “Idoneidad de los acogedores.

1. Además del interés superior del menor, los acogedores serán seleccionados en función de su aptitud educadora, su situación familiar, la relación previa con el menor y demás criterios de idoneidad que se determinen reglamentariamente en atención tanto a la modalidad como a la finalidad del acogimiento. 2. Para favorecer la reintegración familiar se dará preferencia para ser acogedores a los miembros de la familia extensa o las personas con una previa y positiva relación con el menor, siempre que demuestren suficiente capacidad y disponibilidad para su atención y desarrollo integral. 3. En los casos de acogimientos familiares especializados o ejercidos en hogares funcionales se requiere la declaración de idoneidad que corresponda a cada uno, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

Art. 77. “Promoción del acogimiento familiar.

1. La Dirección General competente en materia de menores promoverá campañas de sensibilización social, información y formación de personas dispuestas a asumir el acogimiento de menores, especialmente en sus modalidades de temporal y permanente y en relación con menores con características, circunstancias o necesidades especiales. 2. Las Administraciones Públicas promoverán las acciones de voluntariado con las familias”.

Art. 78. “Fines.

El acogimiento residencial tiene como fin ofrecer una atención integral en un entorno residencial a menores cuyas necesidades materiales, afectivas y educativas no pueden ser cubiertas en su propia familia. La medida de acogimiento residencial tendrá carácter limitado en el tiempo, siempre que sea posible y aconsejable en interés del menor”.

Art. 79. “Procedimiento de ingreso.

1. El acogimiento residencial se adoptará por acuerdo de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores simultáneo al acuerdo de declaración de desamparo y asunción de tutela. 2. El acuerdo de guarda en acogimiento residencial será comunicado a los padres, tutores, guardadores, al Ministerio Fiscal y al correspondiente centro en que el menor deba ser ingresado”.

Art. 80. “Régimen de los centros de acogimiento residencial.

1. Todos los centros de protección de menores deberán estar autorizados por la Administración de la Comunidad Autónoma, que tendrá las labores de supervisión e inspección de los mismos en los términos y con los alcances establecidos en el ulterior desarrollo reglamentario. 2. Además de la superior vigilancia del Ministerio Fiscal, los servicios periféricos competentes deberán realizar la inspección de los centros residenciales al menos una vez al semestre y, en todo caso, siempre que así lo exijan las circunstancias. 3. Los menores en acogimiento residencial deberán respetar las normas del centro, así como colaborar con los profesionales en las actuaciones que se decidan en su beneficio. 4. La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y períodos vacacionales. Las Administraciones Públicas promoverán las

En el caso de Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor dedica los art. 26 a 29 al acogimiento, estableciendo que cuando las circunstancias del menor lo aconsejen, se promoverá su acogimiento familiar hasta que pueda reintegrarse en su familia de origen, o reinsertarse en su medio social una vez alcanzada su mayoría de edad, su emancipación, o bien hasta que pueda ser adoptado.

Los acogedores podrán recibir una compensación económica en las condiciones que reglamentariamente se determine.

Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento familiar se practicarán con la conveniente reserva. A fin de que la familia de origen no conozca a los acogedores, se mantendrá la obligada reserva sobre los datos que permitan su identificación, a excepción del acogimiento familiar simple y siempre que no resulte perjudicial para el menor.

En cuanto a los principios de actuación para la aplicación de esta medida, la Comunidad Autónoma de Andalucía se regirá por los siguientes:

a) Prioridad en su utilización sobre la medida de alojamiento del menor en centros.

acciones de voluntariado con las familias”.

Art. 81. “*Organización de los centros de acogimiento residencial.*

1. Los centros de protección de menores podrán tener diferentes categorías en función de las características de los menores a los que atiendan, que se establecerán y regularán reglamentariamente. Se procurará el ingreso en ellos de menores con características similares, con el fin de favorecer el desarrollo integral del menor y evitarle perjuicios. 2. Cada centro contará con un proyecto educativo de carácter general, que favorezca el trato afectivo personalizado, el respeto a su identidad e intimidad y la participación de los menores acogidos y se regirá por un reglamento de régimen interior que será aprobado por la Dirección General competente en materia de menores. Asimismo, con cada ingreso se efectuará un proyecto socioeducativo individualizado con objetivos a corto, medio y largo plazo. 3. Los educadores de los centros superarán un curso de formación previo al desempeño de sus funciones y realizarán cursos de formación permanente”.

Art. 82. *Centros especiales de acogimiento residencial.*

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el acogimiento residencial se efectuará en centros especiales cuyo proyecto socioeducativo se dirigirá, fundamentalmente, a la integración social del menor en los casos de menores que se encuentren en las siguientes situaciones: a) Menores sujetos a protección con graves discapacidades o alteraciones psiquiátricas que impidan la normal convivencia en el centro, con la correspondiente autorización judicial, en su caso. b) Menores sujetos a protección en los que se detecte consumo habitual de drogas. c) Menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social, que impidan la normal convivencia en el centro, en los términos que establezca el ordenamiento jurídico. 2. Cuando el interés del menor requiera su acogimiento en un centro de características específicas y no exista ninguno en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, se acordará, en su caso, su acogimiento residencial en un centro adecuado de otra Comunidad Autónoma en la forma que se establezca reglamentariamente y previa comunicación al Ministerio Fiscal”.

b) Evitar, en lo posible, la separación de hermanos y procurar su acogimiento por una misma persona o familia.

c) Favorecer la permanencia del menor en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en su familia extensa, salvo que no resultase aconsejable en orden al interés primordial del menor.

Por lo que respecta a la constitución del acogimiento familiar, dispone que el acogimiento administrativo será formalizado por la Administración de la Junta de Andalucía, con el contenido y los consentimientos legalmente establecidos, con independencia de que ésta tenga o no la tutela o la guarda del menor.

En los casos en los que el acogimiento familiar deba ser declarado judicialmente, la Administración de la Junta de Andalucía formulará propuesta ante el órgano jurisdiccional correspondiente. No obstante, la Administración de la Junta de Andalucía podrá acordar un acogimiento familiar provisional que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial.

En cuanto a las modalidades señala que el acogimiento familiar se constituirá, según su finalidad, con el carácter de simple, permanente o preadoptivo, de conformidad con lo que establece el C.c., y, cuando se considere beneficioso para el menor la modificación en la modalidad del acogimiento familiar, será necesario promover conjuntamente el cese del preexistente y la constitución de un nuevo acogimiento familiar.

Por su parte, el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre Acogimiento Familiar y Adopción tiene por objeto regular la actuación de la Administración de la Junta de Andalucía en los procedimientos de acogimiento familiar y adopción de menores, y se encarga de desarrollar esta materia en los arts. 1 a 48, recogiendo en los arts. 65 a 67 el funcionamiento de las comisiones y equipos técnicos (el resto del articulado se refiere a la adopción). Al regular los distintos tipos de acogimiento, hace especial hincapié en la idoneidad de los acogedores, primando el derecho a la familia natural mediante el acogimiento en familia extensa. En definitiva, este reglamento vuelve a incidir en el contenido de la legislación estatal sobre la materia.

Desde nuestro punto de vista, la regulación autonómica del acogimiento es profusa, exhaustiva y compleja, resultando reiterativa en relación al C.c., y, como

consecuencia de ello, a veces, poco útil. Si se tiene en cuenta que tanto la guarda como el acogimiento quedan encuadrados en el C.c., a raíz de la Ley 21/1987, entendemos que el efecto positivo de esta regulación normativa no llega a apreciarse en la práctica. Es muy loable que las CCAA hayan intentado desarrollar, en la medida de lo posible, la regulación del C.c., que, en algunos aspectos, es verdaderamente escueta, pero no pueden pretender ir más allá de la misma.

IX.- EL ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES

Aunque no es objeto del presente trabajo la protección de ancianos, no podemos olvidar que el progresivo envejecimiento de la población a lo largo de las últimas décadas es un fenómeno social sobradamente conocido y del que la sociedad en su conjunto es, sin duda, consciente. Acaso, sin embargo, sea preciso reflexionar con mayor detenimiento acerca de las variadas repercusiones que en numerosos ámbitos (jurídico, sanitario, económico, social) va a producir y está produciendo ya la mayor relevancia del sector poblacional calificado como “personas mayores”.

Junto al descenso de la natalidad, el factor que determina la creciente importancia relativa del sector de las personas mayores, el cual, convencionalmente, se sitúa por encima de los 65 años (posiblemente, en buena medida, por influencia de la normativa sobre jubilación de trabajadores), lo constituye el hecho de que las personas no sólo tienen una cada vez más alta probabilidad de alcanzar esa edad, sino que sobreviven un número progresivamente mayor de años tras superar dicho límite. A lo largo del siglo XX, mientras la población española se duplicaba, el número de los mayores de 65 años se multiplicó por siete y el de los mayores de 80 años por trece.

Con esta situación, y las previsiones de que la sociedad evolucionará en el mismo sentido durante los próximos años, uno de los aspectos a los que debe prestarse la atención debida, también desde la óptica del Derecho, es el relativo al entorno vital más inmediato de las personas mayores, esto es, dónde y, en su caso, con quién van a vivir.

La vida en el propio hogar (sin duda alguna, la opción preferida mayoritariamente) pierde calidad a consecuencia de varios factores que se combinan en

proporciones diversas: la pérdida de autonomía personal del mayor, o la aparición de enfermedades incapacitantes; la soledad por abandono del hogar de los hijos y fallecimiento del cónyuge o conviviente, o de los padres; la antigüedad de las viviendas; la falta de adecuación de las mismas a las nuevas necesidades del titular, etc. El conjunto de estas circunstancias suele determinar que, principalmente en personas de edades más avanzadas, sea necesario plantear alternativas a la situación existente. En la mayor parte de los casos, la solución se encuentra, bien en el restablecimiento de la convivencia con hijos o parientes cercanos, bien en el internamiento del mayor en algún tipo de centro adecuado a sus circunstancias.

Por lo que respecta a la primera de las alternativas, sin embargo, la convivencia con hijos u otros parientes próximos resulta menos probable en la actualidad que hace algunas décadas, básicamente, como consecuencia de la incorporación de las mujeres al ámbito laboral, de manera que las personas que tradicionalmente han venido asumiendo la atención y el cuidado de las personas mayores carecen ahora en muchos casos de la disponibilidad necesaria para ello⁶⁹⁴.

9.1.-Las personas mayores como objeto de protección por las Entidades públicas

Es frecuente encontrarnos con personas de edad muy avanzada que, como consecuencia de ello, presentan una merma en sus capacidades y son objeto potencial de desasistencia moral y material. En consecuencia, se hallan en situación de mayor vulnerabilidad o desprotección tanto a la hora de hacer valer sus derechos como de defenderse frente a las eventuales vulneraciones de los mismos.

Al respecto, ha de destacarse que el Ministerio Fiscal tiene encomendada una misión tuitiva especialmente importante en relación con las personas mayores⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ ARCOS VIEIRA, M^a Luisa: “El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 2003, núm. 36, págs. 51 a 52.

⁶⁹⁵ El Ministerio Fiscal mediante el Decreto del Excmo. Sr. Fiscal Gral. del Estado de 6 de febrero de 2008, por el que se designa un Fiscal Delegado del FGE para la Protección y Defensa de los Derechos de las Personas Mayores, en los términos, con las funciones y las facultades legalmente previstos en el art. 22.3 EOMF, y sin perjuicio de las ya atribuidas a otros órganos de esta FGE, para la coordinación de las labores del Ministerio Fiscal en dicha materia, establece: “el art. 124.1 de la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal, *sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos*”, la misión esencial de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del

interés público tutelado por la Ley. La función de tutela de los derechos fundamentales así definida tiene, como es natural, una especial trascendencia respecto de determinados grupos sociales que, por diferentes circunstancias, se hallan en situación de mayor vulnerabilidad o desprotección tanto a la hora de hacer valer sus derechos como de defenderse frente a las eventuales vulneraciones de los mismos.

Obviamente, uno de esos grupos es el de las personas mayores. Se trata, además, de un colectivo que, como dice la EM. de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en lo sucesivo, Ley de Dependencia) en España está experimentando "un importante crecimiento" hasta el punto de que "la población de más de 65 años (...) se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por ciento)". Con una particularidad añadida, fruto de los avances tecnológicos y científicos de nuestro tiempo, que determinan una evidente mejora de la calidad y la esperanza de vida: lo que la propia Ley de Dependencia denomina "el envejecimiento del envejecimiento", que se traduce en que la población de más de 80 años de edad se ha duplicado en nuestro país en los últimos 20 años.

Estas consideraciones de orden demográfico bastarían por sí solas para llamar la atención de la Fiscalía sobre un cambio del mapa social al que no puede permanecer ajena una institución encargada de velar los derechos de todos los ciudadanos. Pero a esa genérica aproximación hay que añadir un compromiso específico de la acción del Ministerio Público con los derechos e intereses legítimos de estas personas. En efecto, la propia Constitución configura en su art. 50 un régimen especialmente reforzado de tutela de los derechos de los mayores, disponiendo que "*los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*".

A partir de esa declaración de principios, y, "*sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos*", ya dentro del específico marco competencial del Ministerio Público, el deber genérico de protección de los derechos y promoción de servicios a los que se refiere la norma constitucional acaba concretándose, por diversas vías, en el art. 3 EOMF.

(...).

Se trata, en definitiva, de alegar un esfuerzo especializado del Ministerio Fiscal, que, sin perjuicio de las funciones ya asumidas por otros Fiscales de Sala en materias como la protección de víctimas de delitos o la intervención del Ministerio Público en materia de incapacidades, ofrezca cobertura a la específica problemática de un sector definido de población –las personas mayores– que se corresponde, inequívocamente, con la misión tuitiva de los derechos encomendada a los Fiscales. Misión que, además, deben éstos desempeñar cuidando de modo escrupuloso la efectiva aplicación del principio constitucional de unidad de actuación, puesto que es precisamente en el trato de los más desasistidos o vulnerables donde la inseguridad jurídica y la desigualdad ante la ley pueden y suelen producir consecuencias más dañinas.

Pues bien, esa combinación de unidad de actuación y trabajo especializado justamente acaba de cristalizar como una de las bases de la organización y funcionamiento del Ministerio Público, en la reciente reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre. La nueva redacción del art. 22.3 EOMF recoge uno de los diversos instrumentos concebidos al servicio de esos objetivos, dando expresa cobertura legal a la figura de la delegación de funciones del FGE que, de hecho, ya había sido empleada en diversas ocasiones antes de la entrada en vigor de la norma, en la citada Instrucción 11/2005 y en otras (4/2007 y 5/2007, v.g.), cuya exposición argumental relativa al sentido y finalidad de tales delegaciones de competencias cabe dar aquí por reproducida. Señala, en consecuencia, el citado artículo 22.3, que: *El Fiscal General del Estado podrá delegar a los Fiscales de Sala funciones relacionadas con la materia propia de su competencia. Los Fiscales de Sala Delegados asumirán dichas funciones (en los términos y con los límites que establezca el acto de delegación, que será revocable y en todo caso se extinguirá cuando cese el Fiscal General. Dentro de tales límites, los Fiscales de Sala podrán proponer al Fiscal General del Estado las Circulares e Instrucciones que considere necesarias, participar en la determinación de los criterios para la formación de los Fiscales especialistas y coordinar a nivel estatal la actuación de las Fiscalías, sin perjuicio de las facultades de los respectivos Fiscales Jefes de los órganos territoriales.*

La función de tutela de los derechos especialmente protegidos de las personas mayores se proyecta en el cotidiano ejercicio de la función más conocida y común del Fiscal, es decir, al *"ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda"* (art. 3.4 EOMF), singularmente, cuando tales personas aparecen como sujetos pasivos o víctimas de determinados tipos de conductas criminales que, precisamente, buscan obtener ventaja del desvalimiento que, en ocasiones, acompaña a la edad avanzada.

Sin embargo, la función vigilante y protectora del Fiscal puede y debe extenderse a otras áreas de la aplicación del Derecho a la realidad que también entran en el radio de alcance de sus cometidos. Así, cabe citar el deber de *"tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley"* o el de *"intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación"* (núms. 6 y 7 del mismo art. 3 EOMF).

Pero tampoco esa condición de parte en los procesos de incapacitación agota las posibilidades de acción del Ministerio Público en este terreno. De hecho, esa intervención procesal en el ámbito de las instituciones tutelares ya tiene asegurado un sistema de coordinación propio en el esquema organizativo de la FGE, mediante la atribución de tales funciones al Fiscal de Sala de lo Civil⁶⁹⁶.

La realidad jurídica de nuestros mayores va más allá de la necesidad de complementar o sustituir la capacidad de obrar de quienes carecen de ella y el Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto por el citado art. 3 EOMF, tiene la obligación de dar adecuada respuesta, velando porque estas personas o quienes, en las situaciones de mayor desvalimiento, se ocupan de atenderlas, conozcan suficientemente sus específicos derechos y se encuentren en condiciones de ejercitarlos.

Ha de velarse por los derechos reconocidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas mayores en situación de dependencia, debe fiscalizarse la correcta gestión de los patrimonios

⁶⁹⁶ Instrucción 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE.

especialmente protegidos de los que son titulares personas con discapacidad conforme a lo dispuesto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del C.c., de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad y, en definitiva, ha de protegerse, por encima de todo, el respeto de sus derechos fundamentales, de su dignidad e integridad física y moral, debiendo recibir un trato adecuado a sus necesidades, evitándose conductas inadecuadas o abusivas por parte de sujetos o entidades que se han comprometido a su cuidado, incluidos, en ocasiones, los propios familiares. Los malos tratos sufridos por ancianos merecen la atención del Fiscal, pero no sólo en el momento de la reacción penal, sino también en la tarea preventiva que consiste en asegurar a los afectados una información suficiente acerca de los derechos que les asisten y de los instrumentos que los poderes públicos han de poner a su servicio para hacerlos valer.

En este sentido, es preciso recordar que el párrafo tercero del art. 239 C.c. ha previsto que *“la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234⁶⁹⁷ sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”⁶⁹⁸.*

⁶⁹⁷ Art. 234 C.c.: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223; 2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado; 3º. A los padres; 4º. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad; 5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”.*

⁶⁹⁸ Este párrafo fue introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. en cuya EM. (ap. I) recoge que constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse. Dicha Ley tuvo por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Para un mayor estudio, VIVAS TESÓN, Inmaculada: *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona,

Luego, del mismo modo que ocurre con los menores, el C.c. da cobertura legal a las situaciones de desamparo que afectan a personas objeto de tutela, y opta por someterlos a la tutela de la Entidad pública. Es decir, se trata de una tutela *ex lege* para personas incapaces que se encuentran desamparados.

Ahora bien, si nos atenemos al sentido literal del precepto, como señala DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ⁶⁹⁹, el C.c. utiliza los términos “*incapaz*” e “*incapacitado*”, por tanto, quien es mayor de edad y no está incapacitado no puede tener persona alguna que incumpla los deberes de protección o que deje de prestar asistencia moral y material. No sería susceptible de recibir esa función asistencial por parte de la Entidades públicas. Por tanto, para ello sería necesario, una previa declaración de incapacitación.

Sin embargo, en el caso de personas no incapacitadas judicialmente, pero que están bajo la protección de otros por haber adquirido una dolencia incapacitante, se encontrarían bajo el régimen de la guarda de hecho. Con independencia de que al guardador de hecho, no le incumben las mismas obligaciones que al tutor, lo que no existe en el caso de la guarda llevada a cabo por persona física es desamparo. Es decir, si existe guardador de hecho, con independencia de que el proceder correcto sea instar la incapacitación de la persona, lo que no puede observarse ni constatarse es una situación de abandono moral o material.

Opina esta autora, parecer con el que nos sentimos en total acuerdo, que la situación del menor en desamparo con la del mayor desasistido no tiene puntos en común, salvo la necesidad de solucionar el problema de la falta de asistencia, y por ello entiende que esa tutela automática administrativa sólo es viable mediante el dictado de una sentencia fruto del correspondiente procedimiento judicial, puesto que implicaría una flagrante vulneración de las garantías que acompañan al procedimiento judicial de incapacitación, diseñado, precisamente, para garantizar sus derechos y evitar a estas personas un procedimiento contencioso (se tramita mediante jurisdicción voluntaria). Por ello, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ se muestra muy crítica con el precepto,

2009 y *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Difusión jurídica, Madrid, 2010.

⁶⁹⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: “Comentarios al Código Civil”, en AAVV, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág. 2226.

puesto que considera difícil su aplicación ante la necesidad de un desarrollo legal de los textos vigentes que permitan llevar a la práctica de forma eficiente lo preceptuado⁷⁰⁰.

En el ámbito del Derecho Internacional, la cuestión de los adultos con falta de capacidad como posible objeto de desprotección dio lugar a que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, el 13 de enero de 2000, se firmara el Convenio sobre la Protección Internacional de los Adultos, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, y que España aún no ha ratificado. Ello surge ante la necesidad de asegurar la protección en situaciones internacionales de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses, con el fin de evitar conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas para la protección de los adultos. En definitiva, se considera que el interés del adulto y el respeto a su dignidad y a su voluntad deben ser consideraciones primordiales.

Este Convenio se aplicará, en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses y tiene por objeto: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto; b) fijar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) acordar la ley aplicable a la representación del adulto; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

Entre tales medidas previstas para la protección de la persona o de los bienes del adulto (art. 3) se citan las siguientes: a) la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; b) la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele

⁷⁰⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: *Op. cit.*, págs. 2226 a 2227.

protección; f) la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; g) la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto.

El art. 5.1 establece que las autoridades, tanto judiciales como administrativas del Estado contratante de residencia habitual del adulto serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto. Según el art. 10.1, en todos los casos de urgencia, las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el adulto o bienes que le pertenezcan serán competentes para tomar cualesquiera medidas necesarias de protección.

9.2.- El acogimiento familiar de personas mayores como medida de protección

Ante la problemática que implica llevar a cabo la protección de un mayor, cuya familia original se ve imposibilitada para prestarle la asistencia adecuada, se plantea la posibilidad del ingreso en un centro, opción que es rechazada *ab initio* por un importante porcentaje de mayores. A ello ha de añadirse que el número de plazas disponibles no es en todos los casos suficiente, ni todas ellas son asequibles económicamente.

Con el objetivo de ofrecer nuevas posibilidades adecuadas a las necesidades existentes, tanto desde el ámbito público como desde el privado se han configurado nuevos servicios como alternativas que podrían calificarse de “intermedias” entre las dos antes mencionadas. Se trata de servicios que, o bien permiten que la persona mayor siga viviendo en su hogar con ciertas ayudas que suplen sus carencias o inconvenientes (servicio a domicilio, tele-asistencia), o bien articulan modalidades de convivencia que implican menor desarraigo y despersonalización que las residencias tradicionales (pisos tutelados). La oferta se amplía, así, para dar cabida a posibilidades con las que se pretende atender las distintas situaciones y preferencias de los eventuales destinatarios.

Sin embargo, entre las alternativas más recientes, se encuentra el denominado “*acogimiento familiar de mayores*”.

Sin duda, la noción más básica de lo que representa este concepto no resulta precisamente novedosa: como ya se ha apuntado con anterioridad, la inserción del mayor en un núcleo familiar, generalmente integrado por los familiares más directos, se ha planteado tradicionalmente como la solución natural al aislamiento o discapacidad de aquél, y no ha necesitado de una específica atención por parte del Derecho en la medida en que quedaba incardinado en ese ámbito de intimidad que caracteriza las relaciones personales establecidas en el seno familiar.

No es ésta, sin embargo, la noción de acogimiento familiar de mayores que contempla la normativa vigente, que excluye, precisamente, las convivencias con parientes más próximos (obligados legalmente al pago de alimentos) para referirla a núcleos familiares de parientes más lejanos o de terceros. En este contexto, la regulación de las CCAA se viene limitando, en la mayoría de los casos, a establecer los requisitos para la obtención de ayudas económicas que permitan sufragar los gastos del acogimiento⁷⁰¹.

Desde el punto de vista fiscal, la posibilidad del acogimiento familiar de mayores está prevista dentro de las exenciones⁷⁰² del art. 7 de la Ley del Impuesto sobre

⁷⁰¹ ARCOS VIEIRA: "El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre de Navarra", cit., págs. 52 a 53.

⁷⁰² Consulta Tributaria núm. 0831-99 de 20 mayo (JUR 2001, 217607), en la que se planteaba por parte de la Dirección General de la Familia y Adopciones de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, no vinculante, sobre el tratamiento fiscal que ha de darse a la "ayuda para el cuidado de ancianos y ancianas desde el ámbito familiar".

La DGT, en relación con la consulta extractada así como con los textos invocados, informa en los términos siguientes:

En primer lugar, considera que el art. 7.i) de la Ley, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dispone que tendrán la consideración de rentas exentas: "Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años".

En segundo lugar, define el término acogimiento del modo siguiente: el término acogimiento, es acogida y, ahondando más, acogida es recibimiento que ofrece una persona o un lugar y, en definitiva acoger es, según el Diccionario de la Real Academia Española "admitir uno en su casa o compañía a otra u otras personas".

De este modo, el análisis del precepto legal –art. 7.i)- nos ofrece las siguientes condiciones para que las cantidades percibidas por instituciones públicas con motivo del acogimiento disfruten la exención y son: en cuanto a las personas objeto del acogimiento: que se trate de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años; en relación con las cantidades: que se paguen por instituciones públicas; y en orden a la causa: el acogimiento de las personas antes indicadas, debe hacerse en la casa del perceptor de la ayuda.

Por todo ello, aquellas personas que admiten o acogen en su domicilio a los ancianos o ancianas que se citan en la consulta –que por su parte cumplen el requisito de la edad- y a los que se refiere el número 1) de la letra B) del artículo Segundo del Decreto 331/1995, de 3 de noviembre, del Gobierno Valenciano, pueden obtener la exención sobre la que se consulta.

la Renta de las Personas Físicas (Ley 35/2006, de 28 noviembre), en concreto, según el apartado i) se consideran exentas de tributación *“las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores, sea en la modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, incluido el acogimiento en la ejecución de la medida judicial de convivencia del menor con persona o familia previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”*.

Dentro de nuestra normativa autonómica, creemos interesante poner de manifiesto en este trabajo la regulación legal que del acogimiento familiar de mayores se hace en Cataluña y Navarra.

En el caso de Cataluña, la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, pretende establecer una regulación de las situaciones de convivencia entre personas que, sin constituir una familia, comparten una misma vivienda habitual, unidas por vínculos de parentesco lejano en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y con la voluntad de ayuda al más débil y de permanencia. Así, se regula la convivencia originada por la acogida que una persona o pareja ofrecen a una persona o pareja mayor, en condiciones parecidas a las relaciones que se producen entre ascendentes y descendientes. En la situación actual, de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista que estructure dicho tipo de convivencia, puede solucionar el bienestar general de las personas mayores que se acojan a ella, resolverles las dificultades económicas y sociales y ser una opción más al ingreso de las mismas en instituciones geriátricas.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley catalana, se promulga la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores de Cataluña, por la que se le atribuye a la Administración local la competencia en materia de asistencia y servicios sociales, por lo que se refiere a la programación, prestación y gestión de dicho servicio de acogida, dada la proximidad de la Administración local a las personas que pactan la acogida. La atribución de estas competencias responde a la necesidad de proteger a las personas acogidas, garantizándoles unas condiciones que

verdaderamente les permitan tener un bienestar general, mediante el control externo de la aplicación y el desarrollo de esta clase de acogida. El art. 1 de la citada norma configura la acogida de personas mayores como servicio social de atención especializada de segundo nivel de la red básica de servicios sociales de responsabilidad pública, sometida, por lo tanto, a la normativa reguladora de los servicios sociales, y ha de garantizar la integración de las personas acogidas en el ámbito familiar.

Mediante el acogimiento, las personas acogedoras y acogidas conviven en una misma vivienda habitual, sea la de las personas acogedoras sea la de las acogidas, con el objeto de que los primeros cuiden de los segundos, les den alimentos, les presten asistencia, procuren su bienestar general y les atiendan en situaciones de enfermedad. Por ello el domicilio donde tiene lugar la acogida debe tener condiciones de habitabilidad y accesibilidad tanto infraestructurales como de servicios.

Se establece que la acogida debe constituirse en escritura pública, la cual debe inscribirse en el Registro correspondiente, en la que debe hacerse constar las contraprestaciones, derechos y obligaciones que corresponden a cada parte, y también, si procede, las donaciones realizadas por las personas acogidas a las acogedoras y a terceras personas en interés de aquéllas, de presente o para después de la muerte. Ello no supone la administración de los bienes de la persona o personas acogidas. Pero sí es cierto que una vez se constituye el acogimiento, las personas acogedoras y acogidas deben prestarse ayuda mutua y compartir los gastos del hogar y el trabajo doméstico de la forma pactada, que debe responder a las posibilidades reales de cada parte. Y en este sentido establece el art. 2 de la Ley, que la contraprestación puede realizarse mediante la cesión de bienes muebles, bienes inmuebles o en dinero.

El acogimiento se materializa mediante el llamado “pacto de acogida”, que consiste en la vinculación de una persona o una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable, que deben ser más jóvenes si la acogida es por razón de la edad, que los aceptan en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación. El pacto de acogida permite que la persona o personas acogedoras solamente puedan acoger a una persona, excepto en los supuestos en que las personas acogidas sean una pareja casada o unida de

manera estable o tengan relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción. En este caso, la acogida abarca a ambas personas.

Pero antes de formalizar el pacto de acogida, se exige la declaración de idoneidad de la persona o personas acogedoras expedida por la Administración que tenga atribuida la gestión del servicio de acogida de personas mayores. Las condiciones y el procedimiento administrativo para la obtención de la declaración de idoneidad, así como las causas y el procedimiento para la revocación de la declaración de idoneidad deben ser determinadas reglamentariamente.

La Administración competente en materia de servicios sociales ha de garantizar, en la medida que sea posible, que la persona acogida no sea desarraigada de su entorno social. Y en el caso que la salud, la seguridad y el bienestar psíquico o moral de la persona acogida se hallan amenazados o comprometidos por las condiciones de la acogida o si de una forma grave se incumplen los requisitos exigibles para la acogida, la Administración competente puede adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes. Se garantiza la intervención protectora de la Administración tanto en el momento de la autorización como en el decurso de la vigencia del pacto, y ésta ha de velar periódicamente por el adecuado cumplimiento del pacto, así como por las condiciones de las personas acogidas, especialmente por su bienestar físico, psíquico y social.

En los términos establecidos por el CFC, las personas o Entidades públicas o privadas que como consecuencia de la extinción de una acogida hayan dado alimentos a la persona acogida pueden subrogarse en las acciones de la misma contra el acogedor o los acogedores por el importe de los alimentos dados.

Finalmente, la acogida se extingue por las siguientes causas: a) Por lo pactado en la escritura de formalización; b) Por común acuerdo de personas acogedoras y acogidas manifestado en escritura pública; c) Por voluntad de una de las partes, manifestada en escritura pública. La resolución debe ser notificada de forma fehaciente a la otra parte con seis meses de antelación; d) Por voluntad de una de las partes, si la otra incumple las obligaciones que le corresponden o si le es imputable alguna causa que haga difícil la convivencia. En estos supuestos, la notificación resolutoria en la que deben expresarse las causas tiene efectos inmediatos; e) Por la muerte o declaración de defunción de la persona acogida única o de los dos miembros de la pareja acogida; f)

Por la muerte o declaración de defunción de la persona acogedora única o de las dos, si se trata de una pareja acogedora. La muerte de uno de los miembros de la pareja también puede dar lugar a la revisión de la contraprestación establecida por el pacto de acogida realizada en escritura pública y a la extinción del pacto de acogida si el sobreviviente justifica que no puede cumplir las obligaciones asumidas. En dicho caso, es necesario que lo notifique a la persona acogida con tres meses de antelación; En los supuestos de las letras a, b, c y d, del apartado 1, quedan revocados los poderes que cualquiera de las personas acogidas haya otorgado a favor de la persona o personas acogedoras y a la inversa.

Por último, en el caso de matrimonio o relación de pareja estable de la persona acogida, puede modificarse el pacto de acogida, bien a instancia de la persona acogedora, o bien a instancia de la misma persona acogida.

En el caso de Navarra, la Ley Foral 34/2002, de 10 de noviembre de Acogimiento Familiar de Personas Mayores, tiene por objeto el establecimiento de las bases para la regulación de estas situaciones ajenas al cuidado y atención prestados a los mayores en la propia familia, como un servicio social público de libre elección de los mayores entre el conjunto de servicios sociales disponibles en la Comunidad Foral, con la finalidad de procurar una atención personalizada y familiar, sin desarraigarlos de su entorno de convivencia y ejerciendo la acción protectora de las Administraciones Públicas. En líneas generales, es coincidente con la de Cataluña.

Ambas inciden que el pacto no incluye la administración legal de los bienes ni la representación legal de las personas acogidas por las acogedoras.

En relación a la Ley Foral de Navarra, según ARCOS VIEIRA, la Ley reconoce que los acogedores podrán promover la constitución de la tutela y de la curatela si las personas acogidas están en situación de ser sometidas a ella (art. 2.4), si bien considera que, en realidad, esta posibilidad resulta irrelevante, conclusión que compartimos, con base en los siguientes argumentos: en primer lugar, porque cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Juez los hechos que determinen la tutela (art. 230 C.c.; art. 757.3 LEC); en segundo lugar, porque si el precepto intentaba conceder a los acogedores la legitimación activa para el proceso de incapacitación, ésta es materia que regula el art. 757.1 LEC, tiene carácter procesal y,

por ello, queda al margen de las competencias de la Comunidad Foral⁷⁰³.

A nuestro modo de ver, el acogimiento familiar de ancianos es una figura que aún no está lo suficientemente depurada. Potencialmente, creemos que puede llegar a perfeccionarse y mostrarse como un híbrido entre la tutela y la guarda de hecho, pero actualmente, con el sistema de tutelas, curatelas, guardas de hecho e intervencionismo del Ministerio Fiscal que recoge nuestro Derecho privado, no resulta fácil que adquiera la solidez suficiente como para considerarla una figura independiente y desvinculada de las anteriores.

Además, no es equiparable al acogimiento de menores, del que difiere, en tanto que éste presenta un carácter finalista, en tanto supone la vía de acceso a la adopción, en tanto que el acogimiento de mayores, no pasa de ser una medida de protección, temporal o definitiva, cuya finalidad se encuentra en sí misma.

⁷⁰³ ARCOS VIEIRA: “El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre de Navarra”, cit., pág. 60.

TEMA 6:
LA ADOPCIÓN NACIONAL

SUMARIO

- I.- LA ADOPCIÓN. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS
 - 1.1.- Una aproximación al concepto y doble naturaleza de la figura
 - 1.2.- Su caracterización como tipo de filiación
- II.- REQUISITOS DEL ADOPTANTE. CAPACIDAD E IDONEIDAD
 - 2.1.- Distinción entre capacidad e idoneidad
 - 2.2.- La edad del adoptante como requisito de capacidad
 - 2.3.- La idoneidad
 - 2.3.1.- Concepto y problemática en torno a su valoración y declaración
 - 2.3.2.- Idoneidad y homosexualidad
- III.- CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN
 - 3.1.- Requisitos constitutivos esenciales
 - 3.1.1.- Propuesta previa de adopción
 - 3.1.2.- El consentimiento
 - 3.1.3.- El asentimiento
 - 3.1.4.- La audiencia
 - 3.2.- El procedimiento de adopción
 - 3.2.1.- Un procedimiento mixto
 - 3.2.2.- El procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en fase judicial
 - 3.2.2.a).- Ámbito de aplicación
 - 3.2.2.b).- Regulación del procedimiento
 - 3.2.2.b). I.- Legitimación
 - 3.2.2.b). II.- Competencia
- IV.- EFECTOS DE LA ADOPCIÓN
 - 4.1.- La ruptura de los vínculos con la familia anterior
 - 4.2.- Eficacia en relación con la familia adoptiva
 - 4.3.- El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos
- V.- IRREVOCABILIDAD Y EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN
 - 5.1.- Su carácter irrevocable
 - 5.2.- La viabilidad de la impugnación se subordina al interés superior de menor
 - 5.3.- El procedimiento de revocación
 - 5.4.- La nulidad de la adopción

-----0-----

***Nota introductoria:** Toca ahora abordar el estudio del régimen jurídico de la adopción, la cual presenta una doble naturaleza: un tipo de filiación y la medida de protección máxima del menor dentro de nuestro Ordenamiento jurídico. No resultándonos posible analizar pormenorizadamente la figura jurídica, nuestro tratamiento de la misma se centrará, especialmente, en su régimen jurídico y problemática en cuanto medida protectora de menor, de manera que, advertimos, no se tratarán diversos aspectos específicos de la filiación adoptiva, entre ellos, la adopción del hijo del cónyuge con toda la casuística que ello conlleva, ni tampoco la adopción internacional, sin perjuicio de que al tratar determinadas cuestiones, sea preciso recurrir a la regulación de la adopción en el ámbito internacional.*

I.- LA ADOPCIÓN. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

1.1.- Una aproximación al concepto y doble naturaleza de la figura

Los antecedentes históricos de la adopción los encontramos en el Derecho romano⁷⁰⁴. La *adoptio* (para los *alieni iuris*) y la *adrogatio* (para los *sui iuris*) eran, inicialmente, medios de incorporación de un extraño a la familia que, en algunos casos, cumplían fines políticos familiares, el más importante de ellos, conseguir un heredero. En el Derecho Justiniano, pasaron a convertirse en una paternidad ficticia con la distinción entre *adoptio plena* (si el adoptante era un ascendiente natural del adoptado) y *minus plena* (si se trataba de un extraño), sin extinguirse los vínculos con la familia de origen, adquiriéndose sólo derechos hereditarios *abintestato* en la sucesión del adoptante.

Durante la Edad Media cayó en desuso, al perder vigencia el concepto de familia romana.

Se retomó su práctica al comienzo de la Revolución Francesa, con finalidades político-sociales y en un clima de total equiparación con la filiación por naturaleza. En una primera fase del proceso codificador francés, se presentó con tintes de modernidad similares a los actuales, proponiéndose como fin primordial asistir a la infancia desvalida, postulándose la equiparación con la familia legítima. Fue la presión ético-social de la época y la pérdida de vigor de las primeras ideas revolucionarias, la que desembocó en una regulación de la adopción concebida en interés del adoptante.

De este modo, desde el Derecho Romano hasta la época de la Codificación, la importancia social de la adopción sufrió un proceso paulatino de minusvaloración y de pérdida objetiva de importancia⁷⁰⁵.

En cuanto al Derecho español, el precedente se encuentra en la V Partida de Alfonso X y, en el S. XIX, el Proyecto isabelino de 1851 (arts. 133 a 141), dada la escasa práctica y la influencia del *Code Napoléon*, le concedió un carácter residual.

⁷⁰⁴ VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, cit., cita en nota al pie de la pág. 173 la referencia histórica que hace HUALDE en *Comentarios a las reformas del Código civil*, BERCOVITZ (coord.), 1993, págs. 119 a 126.

Para un análisis histórico más detallado, vid. SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., págs. 174 y ss.

⁷⁰⁵ LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., pág. 363.

En el texto originario del C.c., la adopción no determinaba la ruptura de las relaciones del adoptado con su familia por naturaleza, ni le atribuía derechos sucesorios respecto del adoptante, ni transmitía al adoptado los apellidos de aquél, salvo pacto en particular sobre tales aspectos. Por otra parte, se establecía una edad sumamente elevada para adoptar (cuarenta y cinco años), al tiempo que se le prohibía hacerlo a quien ya tuviera hijos o descendientes legítimos⁷⁰⁶.

Según HUALDE, tras sucesivas reformas legales, la evolución legislativa se ha encaminado al fortalecimiento del vínculo adoptivo y la equiparación de la filiación adoptiva y por naturaleza⁷⁰⁷.

Así, en la Ley de 24 de abril de 1958, se estableció el vínculo de parentesco mejorando el status jurídico del hijo adoptivo, próximo pero no asimilado al del hijo natural. Se distinguió entre adopción plena, que implicaba el derecho a los apellidos y los mismos derechos sucesorios *ex lege* que los hijos naturales, y adopción menos plena, que presentaba una estructura contractual.

Posteriormente, la Ley de 4 de julio de 1970 estableció un nuevo régimen jurídico para la adopción que permitió mejorar la posición jurídica del hijo adoptivo y el robustecimiento del vínculo entre adoptante y adoptado. Sin embargo, aún persistían, por ejemplo, las limitaciones sucesorias del hijo adoptivo en comparación con las de los hijos legítimos.

Por su parte, la Ley de 13 de mayo de 1981 realizó las adecuaciones precisas del régimen de la filiación y de la patria potestad a los mandatos constitucionales⁷⁰⁸.

El régimen jurídico actual de la adopción en el Derecho Español por los arts. 175 a 180 C.c. procede, en gran medida, de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (con posterioridad, ha sido modificado la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional), que construyó un nuevo régimen impulsado en parte por los imperativos

⁷⁰⁶ LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., pág. 364.

⁷⁰⁷ En opinión de LASARTE ÁLVAREZ: *Op. cit.*, pág. 364, probablemente bastaría con indicar que, tras la Segunda Guerra Mundial, los movimientos de reforma legislativa apuntan a la idea de reforzar los vínculos entre adoptantes y adoptados, ampliando, pues, los efectos de la adopción hasta llegar a la equiparación entre filiación consanguínea y filiación adoptiva.

⁷⁰⁸ VARGAS CABRERA: *Op. cit.*, págs. 173 y 174.

de la CE. Esta reforma representa un cambio radical⁷⁰⁹. En ella se presenta la adopción como una figura jurídica con doble naturaleza: es, por un lado, una clase de filiación, y, por otro lado, una forma de protección de menores, siendo la forma de protección más radical e integral arbitrada por el Ordenamiento, que constituye para ello (es decir, para proteger a un menor) en hijo a quién no lo es.

Como clase de filiación se contrapone a la filiación por naturaleza, pero surte los mismos efectos. Como forma de protección de menores se contrapone al acogimiento familiar, pese a su idéntica base de hecho o apariencia, identificándose por la integración más plena posible del adoptado en la familia del adoptante, con la consiguiente ruptura con su familia de origen⁷¹⁰.

El objetivo que se fijó la Ley 21/1987 fue reconducir la adopción al cumplimiento pleno de su importantísima función social en beneficio de los más necesitados. Así lo reconocía en su propia EM., en la cual se expresaba que, pese a la modernización que pudo suponer la modificación del C.c. operada en 1970, y a los buenos propósitos del legislador, era necesario reconocer que el régimen hasta entonces vigente no había llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución, todo ello a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia acumulada con el paso de los años había ido poniendo de relieve.

Se acusaba, sobre todo, en la legislación anterior una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, control que resultaba necesario si se quiere que ésta respondiera a su verdadera finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal. Esta ausencia de control permitía, en ocasiones, el odioso tráfico de niños, denunciado en los medios de comunicación, y daba lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes. También se citan, como otros inconvenientes, la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de

⁷⁰⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Comentario del Código civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 428.

Para SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, vol. 2º, cit., págs. 184-185, “la intención y teleología de la reforma es, sin duda, encomiable. Su realización concreta, no tanto”, criticando la excesiva administrativización de un instituto tan genuinamente civil.

⁷¹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/CUENA CASAS, Matilde (coords.): *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, Aranzadi, Thomson-Reuters, 2011, pág. 511.

edad y la misma pervivencia de la figura de la adopción simple, reducida a una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que sólo se utilizaba, en la mayoría de las ocasiones, para fines marginales no merecedores de una protección especial.

Con la Ley 21/1987, según su EM., se pretendió, por el contrario, basar la adopción en dos principios fundamentales: 1º) la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido, esencialmente, a quienes más la necesitan, y 2º) el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución.

Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son alcanzadas mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los arts. 108 y ss. C.c.

El primero de los principios señalados lleva consigo que, en el futuro, la adopción sólo cabrá, salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad y que, como figura previa, no imprescindible, y concebido para “*utilizarse con frecuencia*”, se regula con especial detalle en la Ley el acogimiento familiar.

A partir de este momento, la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección del adoptante mediante un mecanismo de elección objetivo, contribuyéndose, de este modo, también a la supresión de intermediarios poco fiables, bien o mal intencionados. La pieza clave de la nueva Ley pasan a ser las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción. Y en cuanto al procedimiento, por lo demás, sigue siendo de carácter judicial y se mantiene la necesaria intervención del Ministerio Público, aunque se caracteriza porque desaparece la etapa final notarial y porque, sin mengua de las necesarias garantías, la Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro.

Cabe destacar el fortalecimiento de la adopción que provoca la Ley 21/1987, derivado de la reducción de los casos en los que es posible decretar la extinción por vía

judicial. En cuanto a la eliminación de la adopción simple, es una obligada consecuencia de la nueva ideología a que responde este instituto, pues al desposeer a la adopción de todo carácter contractual, pierde todo el sentido la adopción simple.

Por último, resaltar que esta Ley también modificó la redacción del art. 9 del C.c. sobre Derecho Internacional Privado, posteriormente reformado por la LOPJM y por la Ley de Adopción Internacional⁷¹¹. Se distingue entre los efectos de toda filiación, incluida la adoptiva, que deben regirse por la ley personal del hijo, como persona más necesitada de protección, y la constitución de la filiación adoptiva, en la que ha de destacarse la importante operada por la Ley de Adopción Internacional, la cual regula la “*competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la Ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras*” (art. 1.1). A tales efectos, establece que ha de entenderse por “*adopción internacional*” el vínculo jurídico de filiación “*que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes y adoptados*” (art. 1.2)⁷¹². Así modifica determinados preceptos del C.c., como el apartado 5º del art. 9, estableciendo que la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional y que, igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley.

Desde nuestro punto de vista, un gran avance en nuestro Ordenamiento jurídico en esta materia lo encontramos en el apartado 4º de la Disp. Final 1ª de la Ley de Adopción Internacional, por el que se adiciona un nuevo número al art. 180 C.c., el cual queda redactado en los siguientes términos:

“5º Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus

⁷¹¹ La redacción actual de los apartados 4º y 5º del art. 9 C.c. es la siguiente:

“4. El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.

5. La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”.

⁷¹² YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., pág. 512.

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

En nuestra opinión, ello ha supuesto un importante paso adelante, desde el punto de vista de garantizar la máxima suma de derechos para el menor, en tanto que no le cierra la posibilidad a mantener una conexión con su familia de origen, y, en cierto modo, supone un reconocimiento a su dignidad.

Es evidente que la Ley de Adopción Internacional surge dos décadas después de la promulgación de nuestra CE y conjuga sus principios y valores con las disposiciones de los Instrumentos internacionales en materia de adopción que han pasado a formar parte de nuestro Ordenamiento jurídico a lo largo de esos veinte años. En especial, es preciso poner de manifiesto la trascendencia que tienen en esta nueva ordenación los principios contenidos en el Convenio de ONU sobre los derechos del niño, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados, sobre todo, desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional⁷¹³ y en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁷¹⁴.

Con posterioridad a la modificación introducida por la Ley de Adopción Internacional, el 13 de julio de 2011, el BOE publicó el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y que entró en vigor en España el 1 de septiembre de 2011 que, como señala GARCÍA ABURUZA, impone una serie de cambios significativos en el instituto de la adopción en nuestro país. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que dicho Convenio ostenta una posición privilegiada dentro del sistema de fuentes español ocupando en la escala jerárquica de las mismas el segundo lugar inmediatamente después de la propia CE, prevalece sobre el Derecho interno, el cual no puede

⁷¹³ Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986.

⁷¹⁴ Convenio hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995.

contradecirlo, por lo que la normativa sobre adopción contenida en los arts. 175 a 180 C.c. ha de adaptarse al mismo⁷¹⁵.

2.2. Su caracterización como tipo de filiación

Por adopción ha de entenderse, en palabras de LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, todo acto de autoridad, en cuanto que acordada por la autoridad judicial competente, a través de la correspondiente resolución judicial, por el cual se constituye la relación de filiación entre el/los adoptante/s y el adoptado⁷¹⁶.

Como afirma GUZMÁN PECES⁷¹⁷, el análisis estructural del instituto adoptivo conlleva también el estudio de la supraestructura constitucional que impregna de principios y valores todo el orden jurídico. En ese sentido, a su juicio, aunque la CE no dedica ningún artículo a la regulación de la adopción, deben tenerse en cuenta los principios estructurales que afectan a la conformación de la familia y a la protección de la misma por parte de los poderes públicos (arts. 14 y 39 CE).

El legislador constitucional consagró la protección de los hijos en el art. 39 CE, y, como señala GUZMÁN PECES, en primer lugar, destaca el hecho de que dicho precepto esté encuadrado en un capítulo dedicado a establecer las líneas generales de la política socioeconómica donde se hace referencia a temas de contenido muy distinto a la familia y, en principio, no tenga abierta la vía del recurso de amparo ante el TC.

No obstante, éste es un problema más aparente que real por cuanto el núcleo básico de los derechos que se contienen en el art. 39 respecto de la familia, básicamente el derecho de protección de los hijos con independencia de la filiación, podría ser invocado en dicha sede argumentando el principio de igualdad de los hijos ante la ley, el cual encuentra amparo en el art. 14 CE⁷¹⁸.

⁷¹⁵ GARCÍA ABURUZA, M^a. Paz: “La adopción tras el convenio de Estrasburgo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2013 [BIB 2013\467].

⁷¹⁶ LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, Antonia: Voz “Adopción”, en *Enciclopedia Jurídica* [LA LEY 1032/2008].

⁷¹⁷ GUZMÁN PECES, Montserrat: *La adopción internacional. Guía de adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley, Madrid, 2007 [LA LEY 19533/2009].

⁷¹⁸ Para SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código civil*, cit., págs. 584-585, “la adopción es una filiación que tiene los mismos efectos que la matrimonial y la no matrimonial (art. 14 CE). Al no hacerse

El legislador de 1978, al establecer la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, estaba pensando únicamente en la filiación matrimonial y no matrimonial. No obstante, no existe ningún obstáculo para interpretar que el principio de igualdad se puede predicar respecto de la filiación biológica y adoptiva a partir del art. 39 CE, con base en tres argumentos: el primero, deriva del enunciado del primer apartado del art. 39, cuando establece que los poderes públicos se comprometen a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, dicha protección se tiene que materializar en términos de igualdad por imperativo del art. 14 CE, de modo que no se podría discriminar por razón de origen, en este caso, que la filiación tuviera un origen biológico o adoptivo; el segundo, partiendo de un análisis deductivo, la Ley 11/1981 de 13 de mayo, por la que se modificaron determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, estableció que la filiación podía tener lugar por naturaleza o por adopción, equiparando en efectos la filiación adoptiva en forma plena a la filiación por naturaleza, como reza el art. 108 C.c.; por último, la CE, como norma suprema del Ordenamiento jurídico, debe ser interpretada siguiendo las técnicas hermenéuticas del sistema jurídico, de modo que cuando el art. 3 C.c. señala que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*, hay que concluir que cualquier lectura del art. 39 CE que no equipare a los distintos tipos de filiación (por naturaleza y adoptiva) carece de encaje en la actualidad. La jurisprudencia del TC., partiendo de la caracterización de la adopción como una forma de filiación, no admite diferencias entre la filiación natural y la adoptiva⁷¹⁹. La filiación adoptiva, equiparada funcional y efectualmente a la filiación

acepción de filiaciones, los problemas de la adopción son previos a su constitución; una vez constituida, no hay diferencia, en principio, con las restantes filiaciones”.

⁷¹⁹ Para apoyar su teoría de la plena equiparación, GUZMÁN PECES: *Íbidem*, se basa en la STC. de 4 de octubre de 2001 (RTC 2001/200), de 4 de octubre, que estableció la inconstitucionalidad del art. 41.2 del Texto Refundido de Clases Pasivas, que imponía a los hijos adoptivos un plazo mínimo de dos años desde el fallecimiento del causante, para ser beneficiarios de la pensión de orfandad. En concreto, el FJ. 4º de la Sentencia reza así: *“... c) En este sentido, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 de la CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación, de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas. Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional recogido en el art.*

biológica o “*por naturaleza*” es también filiación jurídica aún sin base alguna genética⁷²⁰.

Sin duda alguna, la CE separa el matrimonio de la filiación. Así, en nuestra Carta Magna el matrimonio puede configurarse como un marco adecuado para el desarrollo familiar, pero no es el único. Por tanto, desde la óptica constitucional, se brinda una protección hacia los hijos sin paliativos, con independencia de la existencia de matrimonio o no. El núcleo central de la familia estaría constituido por los hijos, con independencia del tipo de filiación que ostenten (matrimonial o no matrimonial, biológica o adoptiva).

El art. 175 C.c. no define la adopción, por ello hemos de remitirnos al 108 C.c., según el cual, “*la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción*”. *La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”.

La filiación prescinde de la base biológica: el acto jurídico de la adopción sustituye al hecho natural de la generación. Hay, pues, una clara disociación entre los conceptos de padre o madre y de progenitor. La filiación por adopción es puramente formal, social, donde lo no biológico (afecto, voluntad, relación personal) y lo funcional tienen un papel evidente, que desplaza a lo natural. Por tanto, padre y madre no son ahora los que la naturaleza hizo, sino los que asumen ahora la función y la responsabilidad de los padres. Se pone de manifiesto que la idea de filiación jurídica va decantándose cada vez más como un valor social, cultural y funcional en el que se destacan socialmente el papel que juegan los protagonistas de la relación de filiación. Hoy la filiación adoptiva viene plenamente equiparada, en cuanto a contenido, a la filiación por naturaleza⁷²¹.

39.2 de la CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 de la CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias”.

⁷²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ: *Comentario del Código Civil*, cit. pág. 429.

⁷²¹ RIVERO HERNÁNDEZ: *Op. cit.* págs. 428 y 429.

Partiendo de la doble naturaleza de la adopción ya antes reseñada, un tipo de filiación y una medida de protección de menores, hemos de señalar que la regulación de la institución no se aborda en el Título V del Libro I, titulado “*De la paternidad y filiación*”. En este lugar sólo se alude a la filiación adoptiva para establecer la mencionada equiparación de efectos entre las clases de filiación en el art. 108 C.c., a los cuales se dedica el Capítulo I del mismo. El resto del Título aborda la determinación de la filiación por naturaleza, que es ajena por completo a la adopción (la cual no se basa en un dato previo biológico, sino en un acto judicial).

Por el contrario, la regulación de la adopción se desarrolla en el Título VII del Libro I (arts. 175 a 180 C.c.) que dedicado a las “*Relaciones paterno-filiales*” aborda uno de los contenidos más personales de la filiación, como es la patria potestad. Como cierre, el Título, dedica su Capítulo V a la “*Adopción y otras formas de protección de menores*”, distinguiendo en la Sección primera la “*guarda y acogimiento de menores*”, y en la segunda la “*adopción*”. Pese a la generalidad de este Título, que sugiere la idea de contener en los siete artículos que lo integran todo el régimen jurídico de la institución adoptiva, no es así por razones distintas.

La primera de ellas es que tales preceptos contemplan sólo la adopción nacional, en contraposición a la internacional, regulada por la Ley 54/2007.

La segunda razón de la dispersión normativa viene dada por el hecho de que algunas CCAA con competencia en materia de Derecho civil foral se han ocupado, con mayor o menor extensión, de regular la adopción, de manera que lo contemplado por el C.c., para tales CCAA, es régimen común o supletorio en defecto de su propia regulación.

Así, podemos citar que Aragón introdujo en el art. 19 de su Compilación, por Ley 3/1988, de 25 de abril, la equiparación entre filiación natural y adoptiva; el art. 10 de la Ley 6/1999, de 22 de marzo, de parejas estables, admitió la adopción conjunta por los miembros de una pareja estable heterosexual, que, posteriormente, la Ley 2/2004, de 3 de mayo, amplió a las homosexuales, previsiones recogidas, en la actualidad, en los arts. 56 y 312 del Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón.

En el caso de Navarra, recoge una escasa regulación sobre adopción en las Leyes 73 y 74 FNN. Por su parte, el art. 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, introdujo las posibilidades de adopción por parejas estables, con independencia del sexo.

Por lo que se refiere a Cataluña, el art. 235 del CFC contiene un régimen muy completo sobre la adopción.

Y por último, la Ley de 1987 incrementó la intervención administrativa en la adopción con el objetivo de evitar el tráfico de menores, de modo que las CCAA han ido aprobando sus respectivas normativas en materia de protección de menores, que aborda los aspectos que el C.c. remite al ejercicio de las Entidades públicas competentes en la materia⁷²². Al respecto, sólo citaremos el caso de Andalucía, que en su ya reiteradamente citado en el presente trabajo Decreto 282/2002, de 12 de noviembre de Acogimiento familiar y Adopción, regula la adopción como medida de protección y de forma conjunta con el acogimiento preadoptivo, en sus arts. 35 y ss.

En definitiva, hemos de afirmar que la adopción se configura en la Ley de 1987 como un instrumento de integración familiar del adoptado en el núcleo del adoptante, lo cual se consigue mediante la completa ruptura del vínculo que el adoptado mantenía con su familia, y la creación *ope legis* de una relación de filiación, a la que resultan aplicables las normas generales sobre la filiación que se contienen en los arts. 108 y ss. C.c.⁷²³. Y como postula el art. 11.1 del Convenio Europeo de Estrasburgo, *“en el momento de la adopción, el menor se convierte en un miembro más de la familia del adoptante o adoptantes a todos los efectos y, con respecto al adoptante o adoptantes y su familia o familias, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo del adoptante o adoptantes cuya filiación esté legalmente reconocida. El adoptante o adoptantes asumirán la responsabilidad parental con respecto al menor. La adopción pondrá fin al vínculo jurídico existente entre el menor y su padre, madre y familia de origen”*.

⁷²² YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, cit., págs. 511 a 513.

⁷²³ DIEZ PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV*, pág. 298. Como señala RIVERO HERNÁNDEZ: *Comentario del Código Civil*, cit. pág. 427, la filiación es mucho más rica y compleja que el mero dato o lazo biológico en cuanto categoría jurídica y social que es y en la que se integran elementos volitivos, afectivos, sociales, formales; destacan en ella, además, unos importantes roles que la sociedad y el Derecho confieren a los protagonistas de dicha relación, donde lo funcional y lo social tienen a veces mayor trascendencia que el elemento natural o biológico.

II.- REQUISITOS DEL ADOPTANTE. CAPACIDAD E IDONEIDAD

2.1.- Distinción entre capacidad e idoneidad

Las normas sobre capacidad identifican los requisitos objetivos, generales y abstractos diseñados por el legislador para constituir válidamente una relación jurídica, como la adopción. Como es sabido, los requisitos de capacidad exigibles para ser parte de una relación jurídica de filiación es competencia del legislador civil.

Por contraste, “*la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*” (art. 176 C.c.⁷²⁴), en tanto aptitud subjetiva o personal, es la

⁷²⁴ El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014, modifica el art. 176 C.c., que redacta en los siguientes términos:

“1. La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. 2. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requerirá tal propuesta, cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2.º) Ser hijo del cónyuge o pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro. 3.º) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4.º) Ser mayor de edad o menor emancipado

3.- Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.

No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.

Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada.

4. En los tres primeros supuestos del apartado 2 podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”.

Y se añade un nuevo art. 176 bis, con la siguiente redacción:

“1. La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto la Entidad Pública con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción y mediante resolución administrativa debidamente motivada, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

“capacidad y motivación adecuadas, es un juicio concreto y personalizado, que por ello ha de basarse en valoraciones de especialistas sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en virtud de sus singulares circunstancias” (art. 10.2 de la Ley de Adopción Internacional)⁷²⁵.

Partiendo de la distinción anterior, el art. 175.1 C.c., al establecer los requisitos mínimos necesarios que ha de tener el adoptante, sólo alude a la edad⁷²⁶. Al respecto, es preciso señalar que la Ley 21/1987 suprimió el tradicional requisito de la capacidad⁷²⁷, el cual estuvo en vigor hasta el año 1970. VARGAS CABRERA entiende que la supresión responde a los criterios de permisibilidad y flexibilidad que, en interés del menor, se esbozan en los nuevos preceptos, pero, en cualquier caso, el límite legal lo constituye la necesaria capacidad para prestar el consentimiento por sí y con plena conciencia, esto es, la capacidad de obrar y, por ello, no podrán adoptar quienes se encuentren en situación de incapacidad total conforme el art. 200 C.c.⁷²⁸.

En la Ley de 1987 no se alude a la capacidad, exigiéndose únicamente la edad de 25 años (cuarenta y cinco, en la redacción originaria del C.c. y treinta bajo la vigencia

2. *Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, se procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva a que se refiere el párrafo anterior, excepto en los casos previstos en el apartado 4 del artículo 178.*

3. *La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible, en todo caso antes de transcurridos tres meses, prorrogables hasta un máximo de un año desde el día en que se acuerde la delegación de guarda, cuando, en función de la edad y circunstancias del menor, la Entidad Pública considere necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia.*

En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor”.

⁷²⁵ YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., págs. 536 y 537.

⁷²⁶ El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia prevé una modificación del art. 175.1 C.c. en donde quedaría redactado en los siguientes términos:

“1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, 16 años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el apartado 2 del artículo 176. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este Código”.

⁷²⁷ Según VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, cit., págs. 174 y 175, se expresaba con la fórmula *“hallarse en pleno uso de los derechos civiles”* o la fórmula similar de estar *“en el ejercicio de todos sus derechos civiles”*.

⁷²⁸ VARGAS CABRERA: *Op. cit.*, pág. 175. De la misma opinión, LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., págs. 367-368.

de la Ley de 1970) y una diferencia con el adoptado de 14 años. No obstante, puede haber adoptantes menores de 25 años, pues en el caso de que adopte una pareja, basta que uno de los dos tenga 25 años pero ambos 14 años más que el adoptado. Incluso, en el supuesto de adopción conjunta, el cónyuge del adoptante puede ser menor de edad, si para el matrimonio ha obtenido dispensa judicial *ex art. 48 C.c.*⁷²⁹.

En cuanto a la capacidad de adoptar de una sola persona, el art. 175 C.c. admite dicha posibilidad. Al respecto, según señala la STEDH. de 10 junio de 2010⁷³⁰, la mayor parte de las legislaciones europeas autorizan la adopción por una persona sola. Las disposiciones legislativas de algunos Estados permiten a cualquier persona, hombre o mujer, con precisión o no relativa a su estado civil, solicitar la adopción. Es el caso, concretamente, de los países siguientes: Bélgica, España, Estonia, ex-República yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Malta, Países Bajos, Portugal, República checa, Reino Unido, Rusia, Suecia y Turquía. Algunos Estados, como Alemania o Letonia, subordinan la adopción por una sola persona al cumplimiento de otras condiciones (en la legislación alemana, la adopción se considera legítima si contribuye al bienestar físico y moral del niño y si se puede esperar efectivamente que se establezca un vínculo de filiación).

Sin embargo, otros Estados imponen restricciones a la adopción de un niño por una persona sola. Por ejemplo, en Eslovaquia y Croacia la adopción por una persona sola es una excepción, si se acredita que es en interés del niño. En el mismo sentido, las legislaciones serbia y montenegrina admiten la adopción por una persona sola únicamente ante unas razones suficientes que la justifiquen. El Derecho luxemburgués, el cual establece una distinción entre adopción simple y plena, establece que sólo la adopción simple está abierta a una persona soltera. De este modo, a diferencia de Francia y Bélgica, que distinguen igualmente entre adopción simple y adopción plena pero que, no obstante, permiten a las personas solas solicitar la adopción en ambos casos, en Luxemburgo y Montenegro las personas solas no pueden solicitar la adopción plena. Y la legislación italiana es similar a las dos anteriores, puesto que las personas solas sólo están autorizadas a adoptar a menores en el marco de la “*adopción en*

⁷²⁹ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 585.

⁷³⁰ TEDH 2010, 79.

circunstancias especiales”, la cual corresponde a la adopción simple, puesto que permite al adoptado conservar sus vínculos legales con su familia de origen.

En opinión de SERRANO GARCÍA⁷³¹, la cual compartimos, la adopción conjunta es el medio social más idóneo en interés del menor, puesto que una adopción unilateral es también un medio de orfandad. Según este autor, la posibilidad de adoptar parejas de hecho no inscritas radicaría en acreditar esa relación, pero de las pero del largo procedimiento administrativo y de las posibilidades que tiene el Juez de practicar cuantas diligencias estime oportunas debe quedar acreditado si existe esa relación de afectividad análoga a la conyugal.

En definitiva, entiende la doctrina⁷³², el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor (arts. 2 y 11.2 LOPJM), intentando alcanzar una solución justa y estable para él.

A nuestro entender, la capacidad y la idoneidad van estrechamente unidas, pero la escasa regulación de la capacidad en el C.c. concede una importancia fundamental a la idoneidad, hasta el punto que, al regular las CCAA, en sus respectivas legislaciones de protección de menores los criterios que han de regir la valoración de idoneidad, introducen exigencias no presentes en el C.c.⁷³³ que, de facto, y para las adopciones que requieren propuestas previas de las correspondientes Entidades públicas, vienen a suponer requisitos adicionales de capacidad, la cual es materia civil y, por consiguiente reservada a la competencia del Estado o de las Comunidades con Derecho civil foral o especial. Sería más adecuado que se limitaran a contemplar circunstancias para la valoración de la idoneidad, es decir, criterios sobre los que fundar objetiva, y no

⁷³¹ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 585.

⁷³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, cit., pág. 368.

⁷³³ En el caso de Andalucía, el Decreto 282/2002 establece en su art. 16 unos criterios específicos para el acogimiento familiar preadoptivo y la adopción al objeto de llevar a cabo la valoración de la idoneidad, la cual se realizará empleando, con carácter específico, los siguientes criterios: a) Adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que aquéllos estén dispuestos a adoptar, siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de cuarenta y dos años con el más joven de los solicitantes. Esta diferencia podrá ser superior en los supuestos de preferencia recogidos en el artículo 18 del presente Decreto, en función de las habilidades especiales de los interesados. b) En los casos de infertilidad, tener una vivencia madura y de aceptación de esta circunstancia. c) Capacidad para revelar al menor la condición de adoptado y el apoyo en la búsqueda de los orígenes. d) Capacidad económica que garantice la cobertura de las necesidades básicas del menor.

discrecionalmente, una decisión relativa a unos adoptantes concretos⁷³⁴.

2.2.- La edad del adoptante como requisito de capacidad

La edad del adoptante es un requisito de capacidad para adoptar.

Así, el art. 175.1 C.c. recoge que *“la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”*⁷³⁵. De este modo, existe una doble exigencia en el precepto en relación a la edad: de un lado, una edad mínima para adoptar y, de otro, una diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado.

Ambas exigencias son previstas, con carácter general, en el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España mediante Instrumento de 16 de Julio de 2010⁷³⁶. Sin embargo, su art. 9 dispone lo siguiente:

⁷³⁴ YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., pág. 537.

⁷³⁵ En el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014, se modifica este artículo, manteniéndose el requisito de edad de veinticinco años, pero la diferencia de edad entre adoptante y adoptando la eleva a 16 años, fijando una diferencia máxima de edad con el adoptado, que *“no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el apartado 2 del artículo 176. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.”* En su EM. expresa que el establecimiento no sólo de una diferencia de edad mínima sino también máxima es *“para evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables”*.

⁷³⁶ En la RDGRN. de 13 de febrero de 2013 (JUR 2013, 326614) se afrontó la viabilidad de la solicitud del interesado, referente a que se constituyese en su favor una adopción por el Cónsul de España en Düsseldorf sobre el hijo de su esposa, de nacionalidad presumiblemente serbia, dado que no constaba ninguna otra en el expediente, y residente como el promotor en Alemania. Por resolución de 27 de Noviembre de 2008, el Encargado del RC Consular denegó la adopción al no existir entre el adoptante y el adoptado la diferencia de edad mínima exigida en el art.175.1 C.c., resolución contra la que interpone recurso ante el Centro Directivo.

Según el FJ. 3º de la citada Resolución, *“el artículo 21.1 de la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional, aplicable, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso, para la determinación de la ley reguladora de la constitución de la adopción, prevé que en ausencia de previsión de traslado del adoptado a otro país para establecer allí su residencia habitual la adopción se regirá por la ley del país de la residencia habitual del adoptando, lo que lleva en consecuencia a la designación de la ley alemana para la regulación de la adopción, en lo que aquí interesa los artículos 1741 y siguientes del Código Civil alemán (BGB). No obstante, no hay que olvidar que dicha designación no es taxativa y que el artículo 21 precitado, en los puntos 2 y 3, permite a la autoridad competente para la constitución*

“1. Únicamente podrá ser adoptado un menor si el adoptante ha alcanzado la edad mínima prescrita por la ley a estos fines, sin que la misma pueda ser inferior a los 18 años ni exceder de los 30. Deberá existir una diferencia de edad adecuada entre el adoptante y el menor, y en favor del interés superior del menor esta diferencia deberá ser preferentemente de al menos 16 años.

2. No obstante, la ley podrá prever la posibilidad de prescindir del límite de edad mínima o de diferencia de edad, en favor del interés superior del menor:

a. cuando el adoptante sea el cónyuge o la pareja registrada del padre o de la madre del menor; o

b. debido a circunstancias excepcionales”.

Frente a lo así preceptuado, nuestro art. 175 C.c. contempla que el adoptante tenga más de 25 años y, al menos, 14 más que el adoptando, sin establecer un tope de edad máximo para adoptar.

Al respecto, ha de señalarse que el Tratado establece una edad mínima coincidente con la mayoría de edad y, por tanto, con la plenitud de la capacidad de obrar en nuestro Ordenamiento jurídico y, sin embargo, el C.c. exige una capacidad especial para adoptar.

Por otra parte, el Convenio establece una edad máxima para adoptar. A nuestro modesto entender, si se fijara un límite máximo de edad para adoptar devendrían prácticamente imposibles las adopciones, puesto que, en el modelo social actual, la madurez personal y económica se alcanza a edades no prematuras.

de la adopción tomar en consideración los requisitos de capacidad del adoptando previstos en la ley nacional de este, si considera que la observancia de tales requisitos facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptado, y los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridos por la ley nacional del adoptante con idéntica finalidad, lo que permite la aplicación tanto de la ley serbia correspondiente a la nacionalidad del adoptando (constituida por los artículos 88 a 109 de la Ley de la Familia, publicada el 24 de Febrero de 2005 en el Boletín Oficial de la República de Serbia) como de la Ley española por ser la de la nacionalidad del promotor”.

Y continúa en su FJ. 4º: “pues bien, la ley serbia establece que solamente los menores pueden ser adoptados (artículo 90.1 de la Ley de la Familia) y que entre adoptante y adoptado debe haber una diferencia de no menos de 18 años (artículo 99.1). El artículo 175.1 del Código Civil, por su parte, exige expresamente una diferencia mínima de 14 años, tal y como plantea la resolución recurrida. A mayor abundamiento, dicha previsión de una diferencia mínima de edad ha sido recogida, con carácter general, en el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y ratificado por España mediante Instrumento de 16 de Julio de 2010 (BOE de 13 de Julio de 2011). La solución alcanzada por la resolución recurrida debe, por tanto, confirmarse en esta instancia a la vista de los datos obrantes en las actuaciones”.

Es de destacar que el citado Tratado deja abierta la posibilidad a que los Estados legislen en un sentido diferente y, en aras del interés del menor, puedan prescindir del límite de edades cuando el adoptante sea cónyuge o la “*pareja registrada*”⁷³⁷ del padre o la madre o cuando existan “*circunstancias excepcionales*”, expresión ésta que supone un margen de discrecionalidad en la interpretación y valoración del caso concreto que puede derogar toda la normativa que previamente el Tratado ha instaurado.

Por último, en cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, el Convenio la incrementa en 2 años respecto a la exigida por el C.c., aunque estableciendo que la diferencia de 16 años lo será “*preferentemente*”, “*en favor del interés superior del menor*”, debiendo ser la misma una “*diferencia de edad adecuada*”, con lo que se introducen conceptos indeterminados que permiten maniobrar a los Estados y que habrán de valorarse en el caso concreto, lo que, a juicio de GARCÍA ABURUZA, resulta beneficioso en aras de decidir en justicia material en cada supuesto, pero puede suponer una cierta desigualdad e inseguridad jurídica⁷³⁸.

Desde nuestro punto de vista, la introducción del concepto indeterminado de “*diferencia adecuada*”, no debería tener una lectura negativa, puesto que ello implica respetar, en palabras del art. 16 del Decreto andaluz 282/2002, el “*criterio biológico normalizado*”⁷³⁹, lo cual siempre revertirá de forma positiva en el menor, en tanto que siguiendo esos criterios biológicos, se reproducirán de forma muy similar las condiciones de vida naturales, en las que de no haberse dado la situación fáctica de

⁷³⁷ Es curiosa la referencia a la “*pareja registrada*” del padre o la madre, exigiéndose, por consiguiente su inscripción, cuando el propio Convenio, en su art. 7.2 *in fine* permite la adopción a “*parejas heterosexuales u homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable*”, por tanto, se entiende, sin necesidad de registro.

⁷³⁸ GARCÍA ABURUZA: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, cit. [BIB 2013\467].

⁷³⁹ El art. 16 a) del Decreto andaluz, el cual recoge los criterios específicos para el acogimiento familiar preadoptivo y la adopción, establece que la adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que aquéllos estén dispuestos a adoptar, se debe llevar a cabo siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de cuarenta y dos años con el más joven de los solicitantes. Esta diferencia podrá ser superior en los supuestos de preferencia recogidos en el art. 18 de la misma norma, en función de las habilidades especiales de los interesados. Al remitir al citado art. 18 es cuando pierde todo el efecto positivo, puesto que ya no se sigue el criterio biológico normalizado, dado que el criterio de la edad no rige si se trata de adoptar a de menores con discapacidad y problemas de salud especiales; de más de siete años de edad; con antecedentes clínicos hereditarios de riesgo; con otras necesidades especiales, así como en caso de adoptarse, grupos de tres o más hermanos, o pretenderse como reagrupación familiar.

desamparo se hubiera desarrollado su vida, y carga de sentido la equiparación entre filiación natural y adoptiva.

Ha de señalarse que, hasta ahora, la jurisprudencia menor ha considerado irrelevante la excesiva diferencia de edad entre adoptantes y adoptado⁷⁴⁰.

Hay que reconocer que el C.c. no establece (nunca lo ha hecho) un límite máximo de edad para adoptar (sí, en cambio, el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014), si bien las CCAA (como la de Andalucía), en sus respectivas normativas, hacen consideraciones relativas a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado como criterio para obtener el certificado de idoneidad, o para seleccionar a los solicitantes ya declarados idóneos.

La STEDH. de 10 junio de 2010⁷⁴¹ desestimó la alegación de discriminación de una mujer soltera de 47 años a quien se le había denegado la adopción en base a la diferencia de edad entre el adoptado y ella, además de en la dificultad que supondría cuidar un segundo niño, puesto que ya tenía otro. El Tribunal declara que *“si se tiene en cuenta el considerable margen de apreciación que, en este ámbito, cabe dejar a los Estados y la necesidad de proteger los intereses superiores de los niños, la negativa a autorizar el acogimiento de un segundo niño no transgredió el principio de proporcionalidad”*.

Sobre la diferencia de edad, la STEDH contiene un interesante estudio de Derecho comparado sobre las condiciones relativas a la edad mínima y máxima de las

⁷⁴⁰ A título de ejemplo, el AAP. Lérida de 19 de marzo de 1999 (AC 1999, 7699) resuelve sobre la negativa de la Entidad pública a declarar la idoneidad por tener mucha edad los solicitantes (más de 50 años), y la Sala los declara idóneos afirmando que el derecho de los adoptantes a formar una familia no debe quedar, en aras de un exagerado concepto del interés del menor, de tal modo postergado que llegue a perder todo contenido efectivo.

Por otro lado la SAP. de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010, 178063) resuelve un recurso sobre la idoneidad de unos adoptantes de edad tan avanzada que se produce un salto generacional entre adoptante y adoptado, y considera que la excesiva diferencia de edad en el caso de autos es anecdótica y no influye en la adopción.

Recientemente, la SAP. de Sevilla de 14 de enero de 2013 (JUR 2013, 205157) ratifica un acogimiento preadoptivo en el caso de los acogedores de un recién nacido, hijo de una toxicómana en rehabilitación. En el caso de autos la diferencia de edad entre el menor y los acogedores preadoptivos era de 60 años con la acogedora y 61 años de edad con el acogedor. A nuestro entender, ello resulta una paradoja, puesto que al tratarse de menores con necesidades especiales y constando en la bolsa de acogedores personas que estén dentro del intervalo que establece el *“criterio biológico normalizado”*, por lógica, unos padres adoptivos ancianos, difícilmente podrán satisfacer las necesidades de una persona a lo largo de su minoría de edad, pudiendo, incluso, provocarle una situación fáctica de desamparo.

⁷⁴¹ TEDH 2010, 79, caso Schwizgebel contra Suiza.

personas que quieren adoptar: “(26). *La mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa imponen a las personas que desean adoptar una edad mínima. Tal edad no ha dejado de descender en el curso del siglo XX. La mayoría de los sistemas jurídicos europeos fija actualmente una edad mínima que varía entre dieciocho y treinta años. La ex República yugoslava de Macedonia, Hungría, República checa y Rumanía figuran entre los pocos Estados miembros que no prevén una edad mínima para las personas que quieren adoptar un hijo*”.

Y sigue afirmando: “(27) *Algunas legislaciones, pocas sin embargo, prevén explícitamente una edad máxima para las personas que quieren adoptar un hijo. Por ejemplo, Croacia, la ex República yugoslava de Macedonia, Grecia, Montenegro, Holanda y Portugal imponen una edad límite que varía entre los treinta y cinco y los sesenta años (en este último caso, véase, en particular, Grecia y Portugal). Existen razones específicas que pueden excepcionalmente justificar el incumplimiento de las reglas que imponen la edad máxima. Es el caso, por ejemplo, de Croacia, Montenegro y Holanda, donde se puede derogar la condición de la edad máxima cuando existan razones suficientes que justifiquen tal excepción o circunstancias específicas. En Montenegro y la ex República yugoslava de Macedonia, cuando es posible la derogación de la edad máxima, se impone una condición complementaria relativa a la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado*”. Por otro lado, menciona que “(28) *En un segundo grupo de Estados, en los que no se prevé ninguna edad máxima, las autoridades internas competentes en materia de adopción tienen en cuenta, sin embargo, la del adoptante cuando examinan su situación personal. Es lo que se colige de las informaciones disponibles sobre los sistemas jurídicos de Bélgica, España, Francia, Irlanda, Rumanía, Reino Unido, Eslovaquia y Suecia*”.

En cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, recoge que “(29) *Parece que las legislaciones de la mayor parte de los Estados miembros contienen igualmente disposiciones relativas a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado*”.

Y cita varios sistemas jurídicos como, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, España, ex República yugoslava de Macedonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Holanda, Rusia, Serbia y Turquía, que imponen una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado. Esta diferencia de edad mínima,

cuando se exige, varía entre catorce y veintiún años. Sin embargo, la propia STEDH. reconoce que las legislaciones de estos Estados, en ciertas situaciones, autorizan derogaciones al principio de la diferencia de edad mínima.

Existe, continúa, “*un segundo grupo de sistemas jurídicos, que engloba concretamente a Alemania, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Portugal, República checa, Rumanía, Reino Unido, Eslovaquia, Suecia y Ucrania, la Ley no prevé ninguna diferencia mínima de edad. En tales casos, la legislación enuncia expresamente que la diferencia de edad debe ser «adecuada», «ni demasiada, ni demasiado poca» o «razonable»*”.

Por último, pone de relieve en este aspecto que “*algunas legislaciones fijan una diferencia de edad máxima entre el adoptante y el adoptado, a saber, cuarenta años en Dinamarca, Finlandia y Holanda (en este país, únicamente en lo que respecta a la adopción de niños extranjeros), cuarenta y cinco años en Croacia, Italia, ex República yugoslava de Macedonia, Hungría, Malta, Serbia y Ucrania y cincuenta años en Grecia y, en circunstancias excepcionales, en Montenegro y Portugal. Sin embargo, son posibles las derogaciones de las disposiciones relativas a la diferencia de edad máxima en circunstancias específicas que coinciden ampliamente con las relativas a la diferencia de edad mínima*”.

2.3.- La idoneidad

2.3.1- Concepto y problemática en torno a su valoración y declaración

Tal como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 175 C.c. recoge los requisitos de capacidad para ser adoptante, sin embargo no basta con reunirlos, pues para que la persona pueda ser apta para constituir la adopción ha de ser declarada idónea.

La exigencia de la idoneidad aparece, explícitamente, en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (art. 21) y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional de 1993 (art. 15). Por su parte, el art. 10 del ya citado Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 2008 regula con detalle la valoración de la idoneidad de los adoptantes, declarando en

su apartado primero que la autoridad competente sólo podrá declarar una adopción tras haber llevado a cabo investigaciones adecuadas acerca del adoptante.

En nuestro Derecho interno, el requisito de la idoneidad se recoge y desarrolla como novedad en la LOPJM, con carácter general, para todas las adopciones, dando nueva redacción al art. 176 C.c. Como se precisa en su Preámbulo, este requisito no estaba expresamente establecido para las adopciones internas aunque, en la práctica, se tenía en cuenta en los procedimientos de selección de los adoptantes. La idoneidad habrá de ser apreciada por la Entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta de adopción, o directamente por el Juez, en otro caso.

Esta necesidad de idoneidad para adoptar a un menor tiene una plasmación puntual en la legislación estatal, art. 176.1 C.c., siendo en las regulaciones autonómicas donde la idoneidad encuentra un mayor desarrollo normativo, contemplando el procedimiento administrativo para solicitar a la Administración la declaración de idoneidad y la propuesta al órgano judicial.

Dicho procedimiento se encuentra escrupulosamente reglado y no difiere demasiado de unas CCAA a otras⁷⁴². En el caso de Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor, así como el Decreto 282/2002, de 12 de

⁷⁴² La regulación de la idoneidad para adoptar se contempla, entre otras, en: el art. 77 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón; el art. 73 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de Canarias; el art. de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria; el art. 33 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia y arts. 77 y ss. del Decreto 42/2000, de 7 de enero; el art. 58 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; los arts. 97 y ss. de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja; el art. 126 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana; los arts. 42 y ss. del Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia; el art. 104 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; los arts. 70 y ss. del Decreto 127/1997, de 27 de mayo, de Cataluña, de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción; el art. 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; el art. 83 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco; el art. 57 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor de Asturias; arts. 7 y ss. del Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia; los arts. 8 y ss. del Decreto 5/2003, de 14 de enero, por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores de Extremadura; los arts. 59 y ss. de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid y los arts. 25 y ss. del Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad de Baleares.

noviembre señalan específicamente la necesidad de dicha propuesta de adopción y la declaración de idoneidad de los adoptantes, con expresa previsión de que dicha declaración no supone derecho alguno a adoptar a un menor y otorgará exclusivamente el derecho a integrar el registro administrativo que corresponda (art. 33.2 de la Ley 1/1998).

De este modo, es la Administración quien valora la idoneidad de los adoptantes, normalmente, antes de formular la propuesta de adopción. Estos adoptantes deben estar a la espera de que la Administración formule la propuesta necesaria al órgano judicial, en función de unas listas de espera de candidatos idóneos y de un orden de presentación de solicitudes del correspondiente procedimiento administrativo necesario para iniciar los trámites de la adopción.

La idoneidad se materializa en una declaración o resolución administrativa de idoneidad de los solicitantes, que puede ser recurrida en vía civil sin necesidad de formular recursos en vía administrativa, como expresamente contempla la Disp. Adic. 1.ª.2.º LOPJM y encuentra su plasmación procesal en los arts. 779 y ss. LEC-2000, reguladores del procedimiento judicial que es necesario entablar para la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Concretamente, el art. 780, en su apartado primero, establece que no es necesaria una reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Cuando, precisamente, resulta cuestionada por las partes interesadas la declaración de idoneidad realizada por la Administración, es cuando entra el Juez a valorar la inidoneidad declarada administrativamente y se pronuncia confirmándola o rechazándola⁷⁴³.

Se trata de un requisito imprescindible en la adopción la previa valoración de los posibles adoptantes, tanto por el Juez como por la Entidad pública si es ésta la que formula la propuesta de adopción, de la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.2, pfo. 1º C.c.). Se trata de una garantía para el menor establecida para su beneficio, por ello que el control sea doble, primero en vía

⁷⁴³ CASADO CASADO, Belén: “La idoneidad de los posibles adoptantes en el procedimiento de adopción de un menor de edad”, en *Diario La Ley*, 2007, núm. 4 [LA LEY 2535/2007].

administrativa y, posteriormente, en vía judicial. Dado que el acto constitutivo de la adopción es la resolución judicial, la cual está presidida por el interés del adoptando (art. 176.1 C.c.), el Juez puede denegar su constitución si estima que los adoptantes no reúnen los requisitos de idoneidad, aunque la Entidad pública mantenga el criterio contrario, ya que no está vinculado por la previa valoración administrativa del interés del menor⁷⁴⁴.

Es evidente que, para declarar la idoneidad de los adoptantes, son necesarias unas investigaciones previas por parte de la Entidad pública competente, apropiadas a cada caso y en la medida de la finalidad de la adopción y no otra, referidas, entre otras, a la personalidad, la salud y el entorno social del adoptante, su vida de familia y la instalación de su hogar, así como sobre su aptitud para criar al menor; los motivos por los que el adoptante desea adoptar al menor; la adaptación recíproca del menor y del adoptante y el tiempo por el que el menor queda encomendado a sus cuidados; la personalidad, la salud y el entorno social del menor o los orígenes étnico, religioso y cultural del adoptante y del menor. Toda investigación y evaluación del adoptante debe ir dirigida a garantizar la máxima estabilidad física y emocional del menor.

La declaración de idoneidad constituye, de este modo, la fase final del proceso complejo de valoración de los futuros adoptantes y es el resultado de una serie de estudios e informes que se realizan por parte de los equipos técnicos. El elemento fundamental de la declaración de idoneidad es el informe psicosocial realizado por el equipo de psicólogos y asistentes sociales dependientes de la Entidad pública de cada Comunidad Autónoma. Una vez que los futuros adoptantes han sido declarados idóneos, se inician los trámites para la organización de la adopción. El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014, al modificar el art. 176 C.c., dispone que *“la declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución”*.

⁷⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil*, cit., Aranzadi, págs. 365 y 366.

A la vista de todo ello, es indudable que la idoneidad es muy difícil de definir. El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014, al modificar el art. 176 C.c., en el apartado 3, introduce la siguiente definición de idoneidad: “*se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción*”.

A nuestro modo de ver, podría definirse como el conjunto de caracteres y circunstancias que ha de reunir los adoptantes, que garanticen la protección material, emocional y social del adoptado tanto en el momento de la adopción como a lo largo de toda la minoría de edad, de tal forma que le proporcione una sólida preparación para dirigir su vida como adulto, integrado en su entorno en condiciones de igualdad, dignidad y respeto. Como afirma la SAP. de Málaga de 30 de diciembre de 2004⁷⁴⁵, constituye una medida dispuesta a favor del menor adoptado, suponiendo una garantía para el mismo en la medida en que un organismo público valora de forma imparcial las aptitudes de los futuros padres adoptantes.

Sin embargo, aún más difícil resulta, si cabe, en la práctica, valorar la idoneidad del adoptante.

Es cierto que la valoración de la idoneidad está sometida a un subjetivismo excesivo, pero cómo aplicar parámetros estandarizados cuando se trata de encontrar una familia al menor para que lo proteja, lo prepare para afrontar la vida de adulto y, desde el punto de vista emocional, supla a su familia de origen.

Sí creemos que a la Administración pública ha de exigírsele, al menos, la rigurosa aplicación y cumplimiento de las normas aplicables y la máxima transparencia y todas las garantías en los procedimientos de valoración y declaración de idoneidad. Es evidente la trascendencia que tiene, en las praxis, el informe con propuesta de valoración de idoneidad en el procedimiento para la emisión de la resolución declarativa de dicha idoneidad para la adopción. Ciertamente existen otros elementos de prueba, pero difícilmente la resolución se apartará del contenido de la propuesta y, en caso de

⁷⁴⁵ PROV 2005, 150222.

que ésta no sea positiva, se impide que siga adelante el proceso de adopción, frustrando la legítima expectativa de las personas de adoptar a un menor de edad. Por ello cobra especial importancia que la labor evaluadora se efectúe por personal cualificado, conforme a una praxis profesional adecuada y con estricta sujeción a lo dispuesto en la legislación, evitándose, de este modo, la judicialización de un conflicto, con las consecuencias que ello comporta.

Precisamente esta cuestión ha llevado a que se plantee un importante número de quejas ante el Defensor del Pueblo Andaluz.

Así, en su Informe de 2013, publicado en 2014, esta Institución reflexiona en torno a la dificultad que entraña el trabajo de valoración de la idoneidad, en cuanto que implica un juicio sobre la capacidad, aptitud y actitud de una persona o personas para asumir los derechos y obligaciones que conlleva la adopción de una persona menor de edad.

Según el Defensor del Pueblo, dicha valoración ha de explorar diversas facetas de la vida de dicha persona, algunas con incidencia en su intimidad y relaciones afectivas. Al ahondar en estos espacios tan sensibles quien entrevista y evalúa ha de tener un comportamiento neutro y mesurado, sensible, con las circunstancias de la persona que se somete a la evaluación, evitando herir susceptibilidades y procurando que el análisis no se vea influido por prejuicios personales ni por creencias o ideologías que no fueran las propias del sistema de valores y principios que se deduce de nuestra CE. Y en este trance, según esta Institución, tampoco resulta extraño que ante una valoración negativa se produzca una reacción de rechazo de la persona evaluada hacia quien ejerce dicha labor valorativa, sirviendo las críticas hacia el personal evaluador como modo de desvirtuar el contenido del informe de no idoneidad. Éste es un hecho insoslayable y que siempre se ha de tener presente. Aun así, dice el Defensor del Pueblo, asumiendo la necesidad de estas cautelas, es necesario destacar la reiteración de quejas que inciden en un trato poco cortés, frío y nada considerado con la situación de quienes se someten a la valoración de sus circunstancias personales. Y más aún cuando estas personas alegan la indefensión que representa el hecho de que el argumentario de la valoración de idoneidad se base, fundamentalmente, en declaraciones que efectuaron, verbalmente, en entrevistas personales, manifestaciones que, en ocasiones, niegan

rotundamente haberlas realizado y en otras discrepan de la interpretación que se da a sus palabras, sacadas de contexto. De este modo, en la redacción de las conclusiones del informe no podrán primar motivaciones ideológicas, ni una opción religiosa respecto de otra, ni cualesquiera otras opciones personales en detrimento de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CE. Tampoco sería admisible una valoración sacada de contexto o basada en corrientes doctrinales extremas, o exacerbando conclusiones respecto de otras interpretaciones comúnmente más admisibles, o efectuadas en ejercicio de un corporativismo profesional mal entendido o respondiendo a intereses laborales o mercantiles de la propia empresa contratada por la Administración⁷⁴⁶.

⁷⁴⁶ Entre las quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo Andaluz y que son recogidas en el citado Informe del año 2013 (publicado en 2014), quisiéramos destacar una relativa al veto de acceso al contenido de las entrevistas mantenidas con el personal de la Administración que evaluaba la idoneidad de los interesados, a quienes les fue denegada su solicitud. Al respecto, aprecia el Defensor del Pueblo que se causa indefensión a la interesada, ya que se merman sus posibilidades de defensa.

También, en vista de que por decisión unilateral de la empresa se impide el acceso a las grabaciones en el trámite administrativo, tal circunstancia posterga la audición contrastada de las grabaciones al momento en que se tramite en sede judicial el eventual recurso por parte de la persona afectada, diluyéndose, en consecuencia, la posibilidad de evitar la judicialización de un conflicto que sería solventable en sede administrativa.

Además, los costes inherentes al procedimiento judicial, añadidos a la conocida lentitud en los trámites judiciales, hace que la posible reparación del error invocado, de ser favorable, aun así no llegase a colmar las expectativas de la persona reclamante. Y esto es así en tanto que en los procedimientos de acogimiento o adopción de menores el tiempo juega un factor esencial, llegándose a supuestos en que pronunciamientos judiciales declarativos de derechos por el mero paso del tiempo resultan irrealizables en la práctica. Tal efecto puede llegar a producirse en supuestos como el que es objeto de queja, en que el tramo de edad del menor a adoptar guarda directa relación con la edad de la persona o personas solicitantes, resultando por tanto muy relevante el lapso de tiempo transcurrido desde la presentación del recurso hasta su resolución, pudiendo llegar a frustrar la expectativa de adopción.

Además de lo expuesto, el Defensor del Pueblo señala la endeblez jurídica del veto al acceso a las grabaciones al personal funcionario encargado de tramitar el expediente para la valoración de idoneidad. Nos manifestamos así puesto que la desautorización para acceder a las grabaciones entraría en aparente contradicción con lo establecido en el artículo 6, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, Protección de Datos de Carácter Personal, que establece que no será preciso el consentimiento –para el acceso y tratamiento de datos de carácter personal- cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; o también cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

Pues bien, entiende el Defensor de Pueblo que en lo referente negar el consentimiento para el acceso a las grabaciones precisamente realiza funciones para la Administración, y dicha función se enmarca en un contrato administrativo entre cuyo articulado se recoge que las grabaciones de las entrevistas, previo consentimiento para ello de las personas implicadas, se efectúa con el fin, por un lado, de facilitar la recopilación de información de las personas evaluadas y por otro, para dejar constancia de la entrevista a fin de que la misma pueda ser utilizada como prueba en caso de que fueran cuestionados los informes o la actuación de quienes han intervenido en ella, y desde la óptica del Defensor del Pueblo, resulta un contrasentido que precisamente con fundamento en el articulado del contrato, ante la negativa

De este modo, el Defensor del Pueblo se cuestiona las garantías que existen de que el proceso de evaluación se efectúe con estricta sujeción a las previsiones legales y reglamentarias y que los mecanismos previstos para reclamar ante actuaciones incorrectas o erróneas sean efectivos. La primera duda que le asalta es ¿cómo reclamar la incorrección de una valoración si el fundamento de la reclamación reside en la interpretación que determinados profesionales realizan de nuestras palabras? Y en el supuesto de una segunda valoración contradictoria, ¿cómo justificar que el personal evaluador realizaba la entrevista partiendo de datos del informe realizado por el equipo anterior, con el que, precisamente, existen discrepancias?

En relación con la adopción internacional también mucho ha de decirse sobre los criterios tenidos en cuenta para declarar idóneos a los adoptantes. En ocasiones, en la solicitud de idoneidad para la adopción se valoran una serie de datos y circunstancias irrelevantes e, incluso, atentatorios contra derechos fundamentales, razón por la cual consideramos necesario que los impresos de solicitud de certificado de idoneidad sean supervisados por la Administración. En ellos se valora, entre otros aspectos, las relaciones familiares con los padres de los adoptantes, relaciones sociales, etc., los cuales no son determinantes de un adecuado ejercicio o no de la patria potestad⁷⁴⁷ y, al

de la empresa, quede vetado el acceso a las grabaciones y que la reacción de la Administración haya sido conformarse con dicha respuesta autolimitando su posibilidad de supervisión, sin ninguna acción para salvaguardar sus competencias y ejercer convenientemente las potestades administrativas.

En base a todo lo que aquí se ha expuesto, el Defensor del Pueblo recomendó *"que se ejerzan las potestades administrativas inherentes al contrato administrativo suscrito con la empresa encargada de realizar las valoraciones de idoneidad o su revisión para que no exista ningún obstáculo por parte de dicha empresa o del personal que tuviera contratado para que el personal de la Administración encargado de la gestión del expediente pueda acceder a las grabaciones de las entrevistas u otros documentos recabados durante el proceso de evaluación de la idoneidad para la adopción"*. A ello respondió la Administración precisando que el personal técnico de la Delegación Territorial se personaría en la sede de la empresa para la audición de las grabaciones. No obstante, también se indica en el informe que los archivos sonoros pueden ser consultados por la Administración, previo acuerdo de las partes, a los efectos de efectuar un seguimiento técnico de las actuaciones, pero que la derivación de tales archivos a las partes únicamente podría realizarse si existe una petición judicial, toda vez que las grabaciones no forman parte del procedimiento administrativo de valoración de idoneidad.

⁷⁴⁷ La SAP. de Badajoz de 11 de noviembre de 2005 (AC 2006, 99), también revisa la resolución administrativa de inidoneidad y declara la no idoneidad de los candidatos, sin revocar, por tanto, dicha resolución administrativa, en base a la edad avanzada de los solicitantes, un matrimonio que rondaba los sesenta años y a otros factores negativos como los problemas de salud física, concretamente, una minusvalía del 55% del marido y a alteraciones coronarias y renales, analfabetismo funcional, escasez de recursos culturales y de medios económicos, dudas sobre la motivación personal última de la adopción, ya que veinte años atrás abandonaron su iniciativa de ser considerados idóneos para la adopción, falta de motivación, porque ven la adopción como una sustitución afectiva al perder la solicitante en fechas

incluirse las preferencias en cuanto a raza, religión y sexo, para adecuar la idoneidad de los adoptantes a un menor determinado, no se valora negativamente que los adoptantes sólo estén dispuestos a adoptar a un menor de su misma raza, cuestión que, incluso, se fomenta, lo cual, creemos, queda muy lejos del interés superior del menor.

Por último, queremos señalar que las resoluciones sobre idoneidad son susceptibles de ser impugnadas ante los Tribunales de Justicia.

Tales impugnaciones han de tramitarse, ante la jurisdicción civil, conforme al procedimiento previsto para la oposición a resoluciones sobre protección de menores en el art. 780.1 LEC-2000, conforme al cual, tras su redacción dada por la Ley 54/2007, al regular los plazos de presentación de la demanda de oposición, recordemos que alude a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo *"y a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores"*, otorgando un plazo de tres meses a las primeras y de dos meses a las segundas.

La Circular FGE 1/2008, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007, aclarando qué debe entenderse por las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ejemplifica citado, entre otras, la resolución que declara la no idoneidad del solicitante para la adopción.

recientes a su madre, e incapacidad de ambos de cumplimentar cuestionarios de análisis de personalidad.

Posteriormente, esta misma AP., en su Sentencia de 3 octubre de 2012 (AC 2012, 1956) recoge que de las entrevistas y estudios realizados al respecto, tendentes a determinar la idoneidad para una adopción, se desprende la ausencia de capacidad, actitud y motivación exigidos para afrontar satisfactoriamente la paternidad adoptiva. El psicólogo de la Junta, tras ocho horas de entrevista y el examen del test "Cuida" realizado por los solicitantes, detectó tres áreas de riesgo: 1º.- actitudes inadecuadas, principalmente con una infravaloración del concepto de revelación de la condición de adoptado, 2º.- aptitudes insuficientes, particularmente en cuanto a la existencia de un proyecto educativo consensuado por ambos solicitantes, y 3º.- falta de motivación referida principalmente al adoptante, por no percibirse cuáles eran los motivos que le llevaban a tomar la decisión tan trascendente de adopción. Dicho criterio fue compartido por la trabajadora social, que considera a los solicitantes como no idóneos en base a que, en primer lugar, no aprecia un buen posicionamiento para la adopción, fundamentalmente en el solicitante, entendiéndose por esto que el proceso de adopción no se tiene interiorizado por parte de ambos; en segundo lugar, dificultades para llevar con éxito el proceso de adopción, ya que las expectativas planteadas y que se refieren al menor, son muy altas (idealización de un menor y sus comportamientos); y, en tercer lugar, minimización de las dificultades que conlleva la adopción.

También las legislaciones autonómicas parten de que las impugnaciones de las resoluciones de idoneidad deben ventilarse ante la jurisdicción civil⁷⁴⁸.

Como con claridad refiere el ATS (Sala especial de conflictos de competencia) nº 15/2011, de 15 de abril, citado por la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores, cuando se trata de materias relativas a protección de menores *"no obsta a la competencia de la jurisdicción civil el que la reclamación judicial sea contra un acto de la Administración Pública, sea o no acto administrativo"*.

En definitiva, dado que la idoneidad para adoptar es una cuestión que directamente afecta a la protección de los menores, para las impugnaciones sobre ella es competente la jurisdicción civil y el procedimiento a aplicar es el de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780 LEC), siendo preceptiva la intervención del Fiscal⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ A título de ejemplo, el art. 98.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja o el art. 30.3 del Decreto Balear 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad.

⁷⁴⁹ Según la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores, punto XII, "pues bien, en este contexto, pese a que en el procedimiento para impugnar la resolución de idoneidad no se ventilan pretensiones en relación con ningún menor concreto, es claro que lo que en el mismo se decida va a afectar a los menores, bien en general (si finalmente se confirma la no idoneidad de los solicitantes éstos no van a poder adoptar) bien de forma individualizada (si se revoca la resolución y por tanto, se acuerda la idoneidad los solicitantes, éstos pueden llegar a adoptar a un menor, por lo que éste resultará directamente afectado por lo acordado).

La trascendencia de la materia se pone de manifiesto si reparamos en que un control adecuado de la idoneidad de los adoptantes reduce el porcentaje de adopciones fracasadas o disfuncionales. Por ello, esta cuestión no puede ser ajena al Fiscal.

La propia denominación del procedimiento aplicable, oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, revela con claridad que la pretensión que se deduce afecta a los menores. En este sentido, el AAP Toledo, Sec. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio califica al proceso para impugnar resoluciones de idoneidad de proceso de menores, lo que le lleva a considerar que debe articularse sobre el interés del menor.

Expresamente declara la SAP Cuenca, nº 5/2003, de 15 de enero [JUR 2003/108835] que el Ministerio Fiscal es "parte necesaria en esta clase de procedimientos".

No puede además olvidarse que la intervención del Ministerio Público, aunque nada se dijera en el art. 749.2 LEC, se fundamentaría *ratione materiae* en lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El nº 7 de este precepto le asigna la función de intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores. Qué duda cabe que, como se expuso supra, estos procesos pueden afectar a personas menores, y además, a personas menores desamparadas.

La resolución de idoneidad no es un acto administrativo declarativo de derechos, sino un requisito legalmente establecido para tratar de preservar el interés superior del menor. Por ello, el Ministerio Fiscal, como superior garante de este interés, no sólo debe intervenir necesariamente en los procedimientos en

2.3.2- Idoneidad y homosexualidad

Como es sabido, con la Ley 13/2005 el legislador español introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio entre sí.

Sin duda alguna, dicha Ley ha tenido trascendencia en materia de adopción, al haber trastocado totalmente su inspiración institucional, puesto que ya no es posible interpretar la institución desde el brocardo *adoptio imitatur natura*, esto es, el modelo para la adopción ya no es la filiación biológica o por naturaleza.

Desde 2005, la adopción se constituye, en nuestro sistema jurídico, como una clase distinta de filiación, con los mismos efectos que la biológica, pero apartada de la diferencia sexual que caracteriza a ésta.

Conforme a ello, la Ley 13/2005 modifica el art. 178.2.2º C.c., suprimiendo la exigencia de que el adoptante sea de distinto sexo al del único progenitor legalmente determinado. De este modo, no se otorga expresamente a los cónyuges del mismo sexo la posibilidad de adoptar, sino que la supresión de la heterosexualidad como característica del matrimonio y la atribución de los mismos efectos a los matrimonios entre contrayentes del mismo o diferente sexo, conlleva la posibilidad de que dos varones o dos mujeres adopten conjunta o sucesivamente. Y, en principio, dicha posibilidad sólo existe para las parejas del mismo sexo casadas, al no haberse modificado la Disp. Adic. 3ª de la Ley 21/1987, que extendía la capacidad para adoptar simultáneamente al “*hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectiva análoga a la conyugal*”, si bien han sido las normas autonómicas reguladoras de las uniones de hecho las encargadas de reconocérselas a éstas.

La Ley 13/2005 no alteró la heterosexualidad como característica de la filiación matrimonial, de modo que la única opción para los matrimonios homosexuales era la filiación adoptiva, que, por tanto, no resultaban plenamente equiparados a los heterosexuales, de modo que sería la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación

los que los declarados no idóneos impugnen la resolución sino que tendría incluso legitimación para impugnar declaraciones de idoneidad improcedentes. Por lo demás, la asignación al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores desamparados (art. 174.1 C.c.) apunta en la misma dirección.

registrar del sexo la que, al añadir un tercer párrafo al art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, reconociera que la mujer casada con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida pudiera consentir que se determinara a su favor la filiación respecto del nacido, admitiéndose, así, la posibilidad de una filiación matrimonial a favor de dos mujeres⁷⁵⁰.

En el Convenio de Estrasburgo de 2008, como regla primera, la adopción se permite tanto a dos personas de sexo diferente (unidas en matrimonio o en pareja de hecho registrada) como a una sola⁷⁵¹. Ahora bien, el Tratado contempla, en su art. 7.2, la posibilidad de que los Estados amplíen el alcance del Convenio a las parejas homosexuales casadas o en unión de hecho registrada, incluso a las parejas (cualquiera sea su orientación sexual) que vivan juntas en el marco de una relación estable. De este modo, se establece una regulación de mínimos o regulación marco que puede ampliarse en los términos del tratado por los estados que lo crean conveniente. Así, si un miembro lo estima oportuno puede legislar a fin de que cualquier pareja pueda adoptar, pero admitiendo en todo caso, por ejemplo, que la adopción sea realizada por una sola persona. De este modo, si un Estado legisla con el techo que permite el Convenio, permitirá la adopción por cualquier persona o pareja estable, sin distinción por motivo de orientación sexual, sexo o unión matrimonial o de hecho.

En España, la Ley 2005 permitió la adopción por los matrimonios homosexuales para igualarlos a los heterosexuales, pero sin proceder a realizar una reforma en su conjunto y sin referirse a las parejas de hecho en este caso.

ALVENTOSA DEL RÍO⁷⁵² plantea la idoneidad de una persona homosexual para la adopción, de manera que la no concesión de la misma no sería una cuestión de discriminación sino de idoneidad. Al respecto, ha de indicarse que TEDH., en 2008, condenó a Francia por discriminar a una mujer al tener en cuenta su orientación sexual a la hora de decidir sobre una solicitud de adopción, siendo vinculante para todos los

⁷⁵⁰ YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., pág. 547.

⁷⁵¹ GARCÍA ABURUZA: “La adopción tras el convenio de Estrasburgo”, cit. [BIB 2013\467].

⁷⁵² ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, págs. 116 y 252 y ss.

miembros⁷⁵³, aunque también ha de tenerse en cuenta que la STEDH. de 26 de febrero de 2002⁷⁵⁴ contiene que la denegación de solicitud de adopción a un francés soltero y homosexual no viola la Convención de Derechos Humanos al actuarse dentro del margen de discrecionalidad que permite la búsqueda del interés del menor.

A nuestro modo de ver, la adopción no está vinculada a la institución matrimonial, sino al interés del adoptando, dado que no puede olvidarse que se trata de una medida de protección del menor, o más concretamente, se trata de la medida de máxima protección al menor. Tal como afirma el art. 3. 1. de la Convención de NNUU de 1989, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Y el Convenio de Estrasburgo, en su art. 4, dispone la autoridad competente (administrativa o judicial) sólo declarará la adopción cuando tenga la convicción de que la adopción satisface el interés superior del menor y, en cada caso concreto, concederá una importancia especial a que la adopción proporcione al menor un hogar estable y armonioso.

No podemos dejar de citar la STC. de 6 noviembre de 2012⁷⁵⁵, la cual, al resolver un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, estudia la posible vulneración del art. 39.2 CE y, en especial, del deber de protección integral de los hijos, por parte del apartado séptimo del artículo único de la citada Ley de 2005, que posibilita la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, avala, en su FJ. 12⁷⁵⁶, el matrimonio homosexual.

⁷⁵³ TEDH 2008, 4.

⁷⁵⁴ TEDH 2002, 10.

⁷⁵⁵ RTC 2012, 198.

⁷⁵⁶ FJ. 12º: *“Las afirmaciones anteriores no evitan entrar al examen de la posible vulneración, por parte del apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que posibilita la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, del art. 39.2 CE en especial, del deber de protección integral de los hijos. No obstante sí condicionan ese examen.*

El apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005 da nueva redacción al apartado 4 del art. 175, que queda redactado en los siguientes términos: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado».

Sin aludir expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, la redacción resultante de la

reforma posibilita la adopción conjunta de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo, y los recurrentes entienden, desarrollando esta idea como argumento principal de su impugnación, que tal previsión resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes.

A este respecto, tal y como dice el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE. Y este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge.

La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Frette c. Francia* de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002, 10), que se refiere a la cuestión de la exclusión de una persona soltera homosexual de un procedimiento de adopción en razón de su orientación sexual, analiza la compatibilidad de tal exclusión con las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y desarrolla a este respecto una argumentación muy similar a la que el mismo Tribunal realiza respecto de la compatibilidad entre la exclusión o inclusión de las personas homosexuales de la institución matrimonial y el art. 12 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572), ofreciendo una lectura amplia del margen de apreciación nacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que la mayoría de los Estados firmantes del Convenio de Roma no prevé explícitamente la exclusión de los homosexuales de los procedimientos de adopción en régimen de monoparentalidad, pero que de ello no cabe deducir principios comunes y uniformes en los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de una cuestión social en relación con la cual existen divergencias profundas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima, pues, normal «que las autoridades nacionales, que deben tomar en cuenta dentro de los límites de sus propias competencias, los intereses de la sociedad en su conjunto, dispongan de un amplio margen cuando son llamadas a pronunciarse en este ámbito», y continúa: «estando en contacto directo con la realidad de sus países, las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que una jurisdicción internacional para evaluar las sensibilidades y contextos locales. Teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas en el supuesto de hecho tocan aspectos donde no existe comunidad de perspectivas entre los Estados miembros del Consejo de Europa y donde, de manera general, el derecho parece atravesar una fase de transición, es preciso dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado (vermutatis mutandis, sentencias *Manoussakis* y otros c. *Grecia*, 26 septiembre 1996 [TEDH 1996, 44], *Recueil* 1996-IV, p. 1364, § 44, y *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* [GC] [TEDH 2000, 144], núm. 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII)» (§ 41). Reconociendo este amplio margen de apreciación, el Tribunal de Estrasburgo recuerda que «La adopción es "dar una familia a un niño, y no un niño a una familia» y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables" (§ 42) y, a este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual.

En conclusión, el mandato de protección a la familia en general (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE), contenido como principio rector de la política social y económica en el art. 39 CE, no queda incumplido por la opción que realiza en este caso el legislador, puesto que tal mandato orienta, precisamente, la opción legislativa adoptada. El ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional (arts. 175 y ss. CC y disposiciones autonómicas equivalentes, y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero [RCL 1996, 145], de Protección Jurídica del Menor) e internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre [RCL 2007, 2383], de Adopción Internacional), como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción, garantía contemplada también en el art. 21 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712), ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, como fin primordial por el que deben velar los Estados. Nuestra propia jurisprudencia ha establecido ya que, en los procedimientos de adopción, «se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones

Dicho pronunciamiento contiene varios votos particulares que suponen una visión jurídica distinta y crítica a la aceptación de la adopción por parte de parejas homosexuales.

El voto particular que formula el Magistrado D. Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS recoge en su punto 4º que la cuestión de la adopción por matrimonios constituidos por personas del mismo sexo es, tal vez, el asunto más delicado de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, porque no afecta sólo a los adoptantes como contrayentes y a la institución del matrimonio, sino a los niños, verdaderos terceros en el asunto y parte más débil cuya protección ha de ser extrema, en cuyo beneficio fue instaurada la institución para proveer al que carece de ellos de unos padres y de una familia de acogida. A juicio del Magistrado, si nada puede oponerse a que una persona homosexual, sea hombre o mujer, pueda adoptar individualmente a un

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (Exposición de Motivos, arts. 2, 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; arts. 172.4, 173.3 y 4, y 173 bis CC; arts. 1826 y 1827 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892))» (STC 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], F. 4).

La eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código Civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente.

En un sentido muy similar, aunque salvando las evidentes diferencias, porque allí la cuestión de fondo era la de una eventual discriminación por razón de identidad sexual y presencia de disforia de género y no por razones de orientación sexual, y aunque entonces no se trataba de una cuestión de adopción sino de la determinación del régimen de visitas de un progenitor transexual, dijimos en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) (F. 7), posteriormente confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia P. V. c España de 30 de noviembre de 2010, «que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE».

No existe, en consecuencia y de acuerdo con los argumentos desarrollados, tacha de inconstitucionalidad alguna en el artículo único de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio».

menor, la cuestión está en que desde el punto de vista del niño, que es lo único importante, no resulta indiferente que en lugar de tener un padre y una madre o sólo un padre o sólo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre. Y este problema no se le puede deferir al juez, porque es ponerle en una tesitura socialmente muy comprometida y, a veces, de difícil salida.

Otro voto particular es formulado por el Magistrado D. Andrés OLLERO TASSARA, para quien *“como es bien sabido, nuestro Ordenamiento ha venido permitiendo la adopción a título individual sin exigir haber contraído matrimonio ni ejercer control alguno de la orientación sexual del adoptante; por lo que no se da paso a ningún incremento en tal sentido. Asunto distinto es que con la extensión de dicha posibilidad a la pareja homosexual se pretenda contribuir a que su imagen social gane en normalidad. No en vano la propia Sentencia entiende (F. 5) que se apunta con ello a «la regularización de familias homoparentales»; lo que más bien parece patentar un novedoso criterio de interés inferior del menor”*. Y continúa afirmando: *“si la apelación al interés del menor no plantea en el caso de parejas heterosexuales litigios de particular impacto, es fácil observar cómo la incipiente doctrina jurisprudencial de Estrasburgo muestra una notable facilidad para considerar, la apelación al interés del menor, en el caso de parejas homosexuales, como mero subterfugio destinado a enmascarar una rechazable discriminación. Esto no va a facilitar la tarea de ejercitar esa defensa, que la Sentencia encomienda a la jurisdicción ordinaria”*.

Por último, el voto particular que formula el Magistrado D. Juan José GONZÁLEZ RIVAS, recoge en el punto 5 que *“no está a disposición de los miembros de una pareja del mismo sexo la adopción conjunta, pues la previsión constitucional del artículo 32.1 CE garantiza el matrimonio en su estructura esencial como unión entre dos personas de distinto sexo que es vinculante para todo el ámbito del Derecho de Familia, singularmente en la filiación y en las relaciones paterno-filiales tanto en lo que respecta al Derecho Público como al Privado, necesitados de una especial protección por el Ordenamiento estatal, frente a la previsión del artículo 175.4 del Código Civil (redacción por Ley 13/2005) que establece la adopción conjunta o*

sucesivamente por ambos cónyuges”.

Y subraya: *“la Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, del que la adopción representa una modalidad, si bien el legislador ordinario está vinculado por los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los artículos 32 y 39 CE, de los que se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo”.* Y continúa afirmando, con apoyo en un gran número de pronunciamientos judiciales, que *“frente a la tesis mayoritaria, el interés del menor tal como está configurado en nuestro sistema constitucional es un criterio esencial de valoración como establece la legislación positiva (arts. 39.2 y 4 CE, 176.1 del Código Civil, 3.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y cooperación en materia de adopción internacional), máxime cuando la adopción se realiza en beneficio del adoptado, pues han sido tales normas internas e internacionales, dictadas para la protección de los menores de edad, las que en materia de filiación y relaciones paterno-filiales hacen prevalente el interés del mismo”.*

En cuanto a la STEDH. (caso P. V. contra España), de 30 de noviembre de 2010⁷⁵⁷ que se cita en el FJ. 12º de la citada STC. de 6 de noviembre de 2012, dice en su voto particular que *“a diferencia del asunto Salgueiro de Silva Monta c. Portugal–STEDH de 21 de diciembre de 1999⁷⁵⁸ (en que la orientación sexual del demandante tuvo un peso determinante en la decisión positiva de la patria potestad, reconociendo la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de los Derecho Humanos) teniendo en cuenta la inestabilidad emocional coyuntural detectada en la demandante, los Tribunales españoles otorgaron más importancia al interés del menor y adoptaron un régimen de visitas restrictivo, para permitir habituarse progresivamente al cambio de sexo del progenitor, sin que dicha restricción fuera el resultado de una discriminación por razón de sexo, por lo que no se constató la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, circunstancia también examinada en la precedente STEDH*

⁷⁵⁷ TEDH 2010, 112.

⁷⁵⁸ TEDH 1999, 72.

de 26 de febrero de 2002⁷⁵⁹ (en el caso *Fretté vs. Francia*) que también es citada en el fundamento jurídico duodécimo de la STC 198/2012 y que reconoció la ausencia de discriminación ante la negativa de conceder a una persona homosexual la adopción de un menor”.

Y por último, cita la STEDH. de 24 de junio de 2010⁷⁶⁰, que fue confirmada por la Gran Sala con fecha 22 de noviembre de 2010 (asunto *Schalk y Kopf contra Austria*), y cuya invocación también se reitera en la sentencia de referencia, y según la cual, los art. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no deben interpretarse como una exigencia de acceso al matrimonio o de creación de formas alternativas de reconocimiento legal para las uniones del mismo sexo, pues la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “*una vida privada*” pero no “*una vida familiar*”.

III.- CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

3.1.- Requisitos constitutivos esenciales

Tras la reforma introducida por la Ley 21/1987, la adopción se concibe como un acto jurídico de naturaleza jurisdiccional, pues se constituye por resolución judicial, en la que el Juez habrá de ponderar y justificar el “*interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*”, tal y como exige el art. 176.1 C.c., que en su párrafo segundo dispone que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública a favor de adoptante o adoptantes que la misma haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ TEDH 2002, 10.

⁷⁶⁰ PROV 2010, 211641.

⁷⁶¹ El Anteproyecto de 2014 introduce un art. 176 bis que regula “*ex novo*” la guarda con fines de adopción, previsión legal que permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección. Ello puede tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad pública.

Como presupuestos procesales esenciales, el C.c., en su art. 177⁷⁶², exige la concurrencia un elemento volitivo pero en tres planos de distinta intensidad⁷⁶³, consentimientos, asentimientos y audiencias, de manera que la falta de cualquiera de ellos provoca la nulidad de la adopción, si bien también ha de señalarse que la presencia de los mismos en modo alguno vincula al Juez⁷⁶⁴.

Importante es destacar que tales requisitos son exigidos de forma expresa e imperativa, por ser de Derecho necesario, pues *“las normas que rigen este instituto son de carácter imperativo y de inexcusable observancia, cuya infracción da lugar, por ende a la nulidad absoluta o radical de la adopción así originada, dado el acusado matiz de orden público que preside su regulación”*, subraya el AAP. de Castellón de 20 de febrero de 2006⁷⁶⁵.

De esta forma, la Ley 21/1987 supera la naturaleza negocial que inicialmente caracterizó la adopción, reforzando el interés del adoptado como guía para regir la decisión judicial. Ello supone atribuir al Juez un ámbito propio de decisión, debiendo enjuiciar ponderadamente todas las circunstancias del caso concreto. Es unánime la jurisprudencia del TS.⁷⁶⁶ al considerar que es el arbitrio del Juez, dada la inmediatez y la proximidad al caso concreto, el que mejor puede valorar lo más conveniente para el adoptado⁷⁶⁷.

Antes de adentrarnos en el procedimiento de adopción, y en base al contenido de los arts. 176.1 y 177 C.c., creemos de interés conocer y delimitar debidamente los conceptos fundamentales e imprescindibles en el procedimiento de constitución de la

⁷⁶² El Anteproyecto de 2014 prevé la modificación del art. 177 C.c., en tanto que añade, entre quienes deben asentir a la adopción, a la pareja de hecho del adoptante inscrita en el correspondiente registro.

Por otra parte, con el fin de dar coherencia al sistema, se señala que, sin perjuicio del derecho a ser oídos, no será necesario el asentimiento de los padres para la adopción cuando hubieran transcurrido dos años sin ejercitar acciones de revocación de la situación de desamparo o cuando habiéndose ejercitado, éstas hubieran sido desestimadas.

Igualmente, se establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 6 semanas desde el parto, en lugar de los 30 días ahora vigentes, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo en 2008.

⁷⁶³ SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., pág. 205.

⁷⁶⁴ SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 205.

⁷⁶⁵ JUR 2006, 141398.

⁷⁶⁶ Entre otras, SSTS. de 18 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1515), de 20 de abril de 1987 (RJ 1987, 2717) y de 18 de junio de 1998 (RJ 1988, 5063).

⁷⁶⁷ YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., págs. 566 a 568.

adopción, a fin de comprender la constitución de la adopción en toda su dimensión.

3.1.1.- Propuesta previa de adopción

El expediente de adopción puede iniciarse de dos formas: una, a través de una propuesta previa de adopción formulada por la Entidad pública, a favor de los adoptantes o adoptante que la Administración haya declarado idóneos; y otra, a instancia del adoptante o adoptantes, recogiendo en la solicitud las pruebas que acrediten la innecesariedad de la propuesta previa (art. 1829, párr. 2º LEC-1881), lo cual constituye una excepción, y cuyos supuestos se recogen en el art. 176.2, párr. 2º C.c.

El art. 1829 LEC-1881 recoge el contenido de la propuesta de adopción, formulada al Juez por la Entidad pública, en la cual se expresarán especialmente: a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando⁷⁶⁸. c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la Entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la Entidad antes de la presentación de la propuesta del Juzgado.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

⁷⁶⁸ Según dispone el art. 1831 LEC-1881, si en la propuesta o la solicitud de adopción no constare el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar de nuevo, una vez que hayan transcurrido quince días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado en el Juzgado.

Cuando no hayan podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el art. 180 C.c.

La reforma que introdujo la Ley 21/1987, con un alto nivel de administrativización de la materia, atribuyó a las Entidades públicas competencia exclusiva y objetiva para iniciar el procedimiento de adopción, razón por la cual se convierten en piezas clave del sistema adoptivo⁷⁶⁹.

De este modo, en el Decreto andaluz 282/2002, en su art. 49, se recoge que en los procedimientos de adopción, la Comisión Provincial de Medidas de Protección formalizará su propuesta ante el órgano judicial competente mediante una resolución en la que se hará constar los siguientes extremos: a) La situación personal, familiar, social y económica de los adoptantes seleccionados y sus relaciones con el menor. b) Los criterios de valoración empleados en el procedimiento de selección de los adoptantes. c) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del menor. d) El requerimiento y prestación, en su caso, de los consentimientos necesarios.

Y a la propuesta se acompañarán los documentos previstos en el apartado 2º del art. 46 del mismo Decreto, que consisten en: a) Certificación literal de inscripción de nacimiento del menor. b) Certificación de inscripción de nacimiento de cada uno de los acogedores propuestos. c) Certificación literal de inscripción de matrimonio de los acogedores o certificación de convivencia, en el caso de parejas de hecho. d) Copia del expediente en el que se incluyan las resoluciones y documentos relevantes sobre la situación socio-familiar del menor, así como la documentación sobre la declaración de idoneidad y el procedimiento de selección de los propuestos como acogedores.

Como ya se apuntó antes, existen casos en los que no es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública, conforme dispone el art. 176.2, pfo. 2º C.c., cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2. Ser hijo del consorte del adoptante. 3. Llevar más de un año acogido legalmente bajo medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo⁷⁷⁰. 4. Ser mayor de edad o menor emancipado.

⁷⁶⁹ LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., pág. 369.

⁷⁷⁰ Este tercer supuesto reviste suma importancia, pues, como opinan YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., págs. 577 y 578, esta previsión concuerda con la

En tales supuestos, la solicitud de adopción que formule ante el Juez el adoptante deberá expresar las mismas indicaciones contenidas en la propuesta previa, del mismo modo que lo hace la Entidad pública, y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por el citado precepto.

3.1.2.- El consentimiento

No es una declaración de voluntad negocial, esto es, determinante de los efectos jurídicos reconocidos por el Ordenamiento, pero sí aceptación libre y plena, en concepto de parte, de la relación jurídica paterno-filial adoptativa, con el consiguiente contenido legal⁷⁷¹.

Conforme a lo dispuesto por el art. 177.1 C.c., habrán de consentir la adopción, ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

La declaración de voluntad consiste en consentir en adoptar a una persona determinada y ser adoptado también por persona/s determinada/s⁷⁷².

El consentimiento ha de ser prestado en presencial judicial y personalmente. Al

posibilidad de que la Entidad pública formalice un acogimiento preadoptivo, cuya duración no debe exceder un año, y, sin embargo, transcurra ese periodo de tiempo máximo, sin que la Administración inste la adopción. En tal supuesto, el art. 176 C.c. contempla la posibilidad de que sean los acogedores quienes insten la adopción. Además, la innecesariedad de propuesta previa viene dada porque la intervención previa de la Entidad pública ya ha constatado idoneidad del acogedor como adoptante, así como la situación del menor que permite la adopción. En esos casos el art. 177.3.4º C.c., ordena que el Juez dé audiencia de este caso a la Entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante.

En cuanto a la falta de propuesta para el caso de adopción de un tutelado, éste se justifica por la existencia de una relación ya establecida entre el tutor y el tutelado, que el C.c. prefiere, al considerar beneficioso para el menor, puesto que se encuentra integrado en la vida familiar del tutor, si bien es cierto que en este supuesto, con anterioridad a la constitución de la tutela, ha podido existir o no la intervención de la Entidad Pública, puesto que cabe la posibilidad, de que un menor, que sus padres son incapaces de cuidar, lo entregan a unos conocidos que le dan los cuidados y la protección necesaria, y como consecuencia de ello, no entra en situación fáctica de desamparo. Esta guarda de hecho, que elude la Administración, puede llegar a convertirse en tutela, que el propio C.c. propicia y por diversas vías: por un lado, la remisión del art. 303 C.c. al art. 228 del mismo Cuerpo legal que hace recaer sobre el Ministerio Fiscal y el Juez, respectivamente, la obligación de pedir y disponer, incluso de oficio, la tutela de quienes la necesitaren, como modo de institucionalizar la guarda de hecho; de otro lado, el propio guardador *ex art.* 229 C.c., está obligado a ello. Ciertamente, el sistema de protección previsto en el C.c. contempla la tutela como subsidiaria de la patria potestad, y ésta interpretación que posibilita la tutela como paso previo a la adopción, es posible y aceptada, dado que el Juez habrá de enjuiciar en todo caso la idoneidad del tutor, para que, de esta forma, la protección del menor queda asegurada.

⁷⁷¹ SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., pág. 205.

⁷⁷² SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit. pág. 590.

respecto, el AAP. de Castellón de 4 de octubre de 2012⁷⁷³, teniendo en cuenta que la constitución de la filiación adoptiva es un negocio jurídico de Derecho de Familia en el que el o los adoptantes han de consentir la adopción en presencia judicial, se considera dicho consentimiento un acto personalísimo de los adoptantes, el cual ha de ser prestado en presencia del Juez en el procedimiento de adopción, como requisito formal constitutivo o *ad solemnitatem*, y no puede prescindirse de ese consentimiento prestado por los adoptantes personalmente en el procedimiento de constitución de filiación adoptiva.

No se exige que ambos consentimientos sean coetáneos⁷⁷⁴.

Tanta importancia reviste el consentimiento que, incluso, en tres de los cuatro supuestos previstos en el art. 176.2 C.c. en los cuales no se precisa la previa propuesta de la Entidad pública, aun reconociendo efectos "*post mortem*" a la adopción, se exige en todo caso que el consentimiento del adoptante, que hubiere fallecido, haya sido prestado anteriormente ante el Juez⁷⁷⁵.

Hasta tanto no recaiga la resolución judicial, tales consentimientos pueden ser revocados⁷⁷⁶.

En cuanto al consentimiento del menor mayor de doce años, éste se fundamenta, a juicio de SERRANO GARCÍA, en la primacía de su interés para ser adoptado o no, que se sobrepone a cualquier otro subyacente en el proceso de constitución. Esta capacidad es especial y no necesita ser complementada⁷⁷⁷.

El Convenio de Estrasburgo contiene que la adopción sólo se declarará cuando se hubieren prestado al menos los siguientes consentimientos (y no hubieran sido revocados): el del padre y la madre o entidad facultada para prestarlo cuando no existen los primeros; el del menor, si la ley entiende que tiene suficiente discernimiento para ello o cuando hubiere alcanzado la edad prevista por la ley que no podrá ser superior a 14 años; y el del cónyuge o la pareja de hecho registrada del adoptante (art. 5). De este modo, se exige la prestación de ciertos consentimientos a diferencia de lo establecido en

⁷⁷³ AC 2013, 558.

⁷⁷⁴ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit. pág. 590.

⁷⁷⁵ AAP. de Castellón de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006, 141398).

⁷⁷⁶ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit. pág. 590.

⁷⁷⁷ SERRANO GARCÍA: *Íbidem*.

el art. 177 C.c., el cual prevé únicamente el consentimiento del adoptante y del adoptado mayor de 12 años, para establecer a continuación un régimen de asentimientos relativos a los padres del adoptando y a la madre que acabe de dar a luz, la cual no podrá prestarlo antes de transcurridos los 30 días siguientes al parto, previéndose por último que sólo deberán ser oídas ciertas personas como los padres cuyo asentimiento no sea necesario, el tutor y los guardadores, el adoptando si tiene menos de 12 años y suficiente juicio y la Entidad pública a efectos de apreciar la idoneidad del adoptante cuando exista un acogimiento superior a 1 año.

De este modo, el C.c. establece un tratamiento legal diferente de la intervención (consentimiento, asentimiento y audiencia) de los sujetos que, de una u otra forma, tienen que ver con la adopción, frente al Convenio que establece un único régimen de consentimientos y sólo de las personas contempladas en el art. 5 y de ninguna más.

Y no es lo mismo asentir que consentir. Asentir significa conformidad con el negocio jurídico ajeno, en tanto que consentir determina la conformidad de voluntad entre los contratantes, el encuentro de dos voluntades que se dirigen a un fin común y asumen sus consecuencias, debiendo tener ambos diferentes consecuencias jurídicas puesto que el C.c. establece esa diferenciación de tal forma que el asentimiento no sería requisito imprescindible para la validez del negocio jurídico, debiendo prevalecer el consentimiento por su mayor compromiso y peso en el negocio. Pese a ello, algunos pronunciamientos judiciales⁷⁷⁸ consideran que el asentimiento merece la consideración

⁷⁷⁸ En este sentido, la STS. de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1117), en su FJ. 3º: *“el asentimiento - perfectamente definido en la reciente Ley 21/1987 de 11 de noviembre (RCL 1987\2439)- que deberán prestar el padre y la madre del adoptado menor de edad sujeto a la patria potestad, y el tutor con la autorización del consejo familiar; y simplemente deberán ser oídos el adoptado menor de catorce años, el padre o madre privado de la patria potestad, etc.; el asentimiento del padre del adoptado, única intervención que aquí nos interesa, estaba regulado en la ley 11/1981 (RCL 1981\1151 y ApNDL 1975-85, 2354), aplicable al presente caso, como una «condicio iuris», cuya ausencia puede producir una «ineficacia condicionada» del negocio adoptivo, en cuanto el legislador dejar al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta «lo que considere más conveniente para el adoptado, si cualquiera de los llamados a prestar el consentimiento fuera de los casos del adoptante y del adoptado, no pudieran ser citados o citados no comparecieran» (artículo 173, párrafo IV); arbitrio judicial que no está en contradicción con la posible extinción de la adopción, regulada en el artículo 177-2.º del mismo cuerpo legal, como una facultad concedida al padre o madre «que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado el consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos»; requisito del consentimiento cuya forma de prestación dudosa, ha quedado interpretada de un modo auténtico en la reciente reforma del Código Civil efectuada por la citada Ley 21/87 de 11 de noviembre, cuando señala que deberá hacerse*

de una *conditio iuris*, de modo que su ausencia produce ineficacia condicionada del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no la ineficacia imponiéndole como única condición tener en cuenta lo que considere más conveniente para el adoptando.

Frente a ello, el Convenio de Estrasburgo exige sólo el consentimiento de determinadas personas y, consciente de la importancia su prestación o no reviste, en su art. 5.2 contempla que tales personas *“deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen. Este consentimiento deberá otorgarse libremente en la forma legal requerida, y deberá prestarse o hacerse constar por escrito”*.

A renglón seguido, el art. 5.3 establece toda una dispensa del consentimiento o la posibilidad de obviar la negativa del mismo *“por motivos excepcionales que establezcan las leyes”*, con lo que, después de establecer una regulación, da carta blanca a los Estados para seguirla o no, utilizando, para ello, un concepto jurídico indeterminado como es la excepcionalidad. Además, si el padre o la madre no fueran titulares de la responsabilidad parental o del derecho a prestar el consentimiento, la ley podrá prever que no se requiera su consentimiento (art. 5.4 Convenio).

Especial mención merece el consentimiento posparto de la madre (tratado, en cambio, como asentimiento por nuestro art. 177.2.2º.3 C.c.), el cual en el Ordenamiento español no se puede prestar hasta pasados treinta días desde el parto, en tanto que el art. 5.5 del Convenio de Estrasburgo contempla, en su art. 5.5, que no podrá prestarse en un plazo inferior a 6 semanas, pudiendo la ley nacional elevar dicho plazo, y si ésta no lo hubiera especificado, el consentimiento se prestará en el momento en que *“la madre habría podido restablecerse de las consecuencias del alumbramiento”*. Con ello se vuelve a “derogar” la regulación previamente realizada y la decisión se deja a la discrecionalidad de los Estados, si bien creemos que si la ley nacional no establece plazo, el que habría de tenerse en cuenta como mínimo serían las 6 semanas

«en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil», que no es otra que la señalada en el artículo 1826 de este cuerpo legal, exigiéndose la presencia judicial y la constancia en los autos”.

establecidas en el Convenio en aras a una mayor seguridad jurídica y protección, ya que tal previsión respecto del consentimiento posparto sería de cautela legal en la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica para calibrar y ponderar serenamente la abdicación en el ejercicio de su maternidad (STS. 21 de septiembre de 1999⁷⁷⁹)⁷⁸⁰.

Por otro lado, hemos de señalar que la mayor parte de las legislaciones de Europa prevén la recepción del consentimiento por un Juez o un notario y algunos países autorizan la recepción del consentimiento de los padres por el servicio de asistencia social encargado del niño (Francia), por el director del establecimiento en el que se encuentra el niño (Ucrania, Rusia) o por la autoridad de tutela.

3.1.3.- El asentimiento

Es una declaración de voluntad de naturaleza similar al consentimiento, pero emanado de quien no va a ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva; por tanto, no entraña asunción de su contenido y efectos en el propio patrimonio jurídico de quien lo presta, sino autorización, licencia, permiso⁷⁸¹.

El art. 177.2. C.c. dispone que deberán asentir a la adopción el cónyuge del adoptante (“*salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*”)⁷⁸² y los padres del adoptando que no se hallare emancipado, “*a menos que estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación*”.

⁷⁷⁹ RJ 1999, 6944.

⁷⁸⁰ GARCÍA ABURUZA: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, cit. [BIB 2013\467].

⁷⁸¹ SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., pág. 205.

⁷⁸² Como indica GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 590, “cabe aquí que el consorte sea padre o madre (natural o adoptivo) o que no lo sea, pero en ambos casos tiene que asentir: si es padre o madre y asiente, resolviendo el Juez favorablemente, se habrá completado una relación paterno filial respecto de los dos titulares de la patria potestad, pero si no es padre o madre y no quiere adoptar, pero sí asentir en la adopción por su consorte, la relación paterno-filial será incompleta, dándose un caso como el contemplado por el art. 1362.1.II (“*hijos de uno sólo de los cónyuges*”) deduciéndose de este artículo que aunque el que asiente no se convierta en padre adoptivo, la adopción para su consorte provoca, también para él, consecuencias jurídicas. En este caso no se requiere propuesta previa de la Entidad pública”.

Esta modalidad de expresión de la voluntad adopcional supone, como se ha apenas señalado, una autorización, licencia o permiso, aunque no es complemento de un consentimiento insuficiente. Es declaración autónoma de la voluntad expresada por quien no va a ser parte en la nueva relación filial que vaya a constituirse, aunque le afecten sus efectos. No es imprescindible para que la adopción surja, pero cuando se exige, según GARCÍA SERRANO⁷⁸³, no puede constituirse la relación adopcional contra la voluntad de quienes tienen que asentir.

Por otro lado, el art. 1830 LEC-1881 dispone que el asentimiento a la adopción que hayan de prestar el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente Entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez. En el caso de que al presentarse la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, será necesario que éste sea renovado ante el Juez. Y en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados, sino que se tendrán las debidas reservas.

La Circular FGE 1/2001, en el punto VII.5.B.B sobre “*Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*”, considera necesario hacer algunas observaciones sobre el art. 177.2.2º C.c.

En primer lugar, a juicio de la FGE, la expresión “*incursos en causa legal*” no ha de ser interpretada en términos procesales, es decir, como existencia de un procedimiento incoado y en el que se esté ejercitando la acción para privarles de la patria potestad, sino en términos meramente materiales, es decir, como constatación de la concurrencia de un motivo que, con arreglo a la ley, sea causa para privarles de la patria potestad, lo cual deberá haberse reflejado en la propuesta elevada por la Entidad pública al Juez competente para tramitar el expediente de adopción, quien habrá de comunicar esta circunstancia a los padres en la notificación en que se les cite para recabar su audiencia en lugar del asentimiento.

⁷⁸³ GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 590.

Según la FGE, para abordar correctamente la materia, no está de más recordar la diferencia que existe entre consentimiento, asentimiento y audiencia. El consentimiento es la declaración de voluntad expresada con la finalidad de dar vida a un negocio jurídico por quienes son partes en el mismo, y, por tanto, en la adopción únicamente pueden prestar consentimiento *stricto sensu* el adoptante y el adoptando al que se presume un capacidad mínima para comprender el sentido del negocio y obligarse en el mismo, capacidad mínima que la Ley ha cifrado en los doce años. El contenido de la declaración prestada por quien tiene que ser simplemente oído tiene como nota característica, por el contrario, la de no ser vinculante para la creación del negocio jurídico. Entre consentimiento y audiencia, se sitúa como *tertium genus* el asentimiento, que comparte con el consentimiento su carácter de declaración de voluntad vinculante y necesaria para constituir el negocio jurídico, y que comparte con la audiencia la característica de ser emitido por quien permanece ajeno al negocio jurídico que se constituye. De lo anterior, se deduce la trascendencia que tiene considerar que basta con la audiencia de los padres y no con su mero asentimiento, porque si fuese preciso este último, la adopción no se podría constituir sin la aquiescencia o conformidad de los progenitores.

Asimismo, entiende la FGE que se debe tener presente que el C.c. no contiene una relación de “*causas legales*” para la privación de la patria potestad, sino que se limita, en su art. 170, a establecer que se podrá privar de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o en causa penal o matrimonial. Por tanto, el Juez puede prescindir del asentimiento de los padres (quienes tampoco han de ser oídos) cuando estime que éstos están incumpliendo sus deberes como padres, pero, para ello, es preciso, como establece el art. 177.2.2º C.c., que tal situación se aprecie en un procedimiento judicial contradictorio, y añade que éste podrá tramitarse como disponía el art. 1827 LEC-1881, lo cual ya no es posible dado que dicho artículo ha sido derogado por la nueva LEC (párrafo 1.1ª de la Disp. Derog. única).

Así las cosas, el procedimiento contradictorio en el cual el Juez que esté tramitando la adopción habrá de apreciar si los padres se hallan incursos o no en causa para privarles de la patria potestad es, precisamente, el regulado en el art. 781 LEC, y

así, de este modo, llegar a la conclusión de si es o no necesario su asentimiento para constituir la adopción. De este modo, si los padres se hallan incurso en causa de privación de patria potestad no será necesario el asentimiento y aunque se opusieran a la adopción, el Juez acordará lo más conveniente.

Tampoco será necesario el asentimiento cuando ello resulte imposible (por ejemplo, por incapacitación judicial, enfermedad o ausencia declarada). Podría plantearse si los padres del adoptando menores de edad están imposibilitados para prestar asentimiento. Creemos que no, que pueden prestar su asentimiento a la adopción sin necesidad de representación.

Por último, recuérdese el caso especial del asentimiento de la madre al que ya hemos hecho referencia, el cual “*no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*” (art. 172.2, *in fine* C.c.)⁷⁸⁴.

Así las cosas, el requerimiento legal de la concurrencia del asentimiento es menos riguroso que en el caso del consentimiento, pero a pesar de la flexibilidad del régimen de su exigencia, los asentimientos condicionan *sine qua non* la adopción⁷⁸⁵.

3.1.4.- La audiencia

En este caso, más que declaración de voluntad, se trata de mera opinión, punto de vista, informe⁷⁸⁶.

Conforme el art. 177.3 C.c., deberán ser simplemente oídos por el Juez: 1. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea

⁷⁸⁴ En relación al asentimiento materno, GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 591, indica que el plazo de treinta días puede ser una cautela dictada en consideración a que la madre pueda recuperarse del puerperio y se encuentre en plena libertad y conciencia para calibrar el acto de asentimiento a la adopción de su hijo (STS 18-III-87), aunque también puede entenderse referida a las facultades que en las normas del RC se conceden a la madre para que pueda desconocer la maternidad (art. 47 III RC).

⁷⁸⁵ En opinión de SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., págs. 206 a 207, si siendo exigibles se prescinde de ellos o son denegatorios, la adopción no puede ser legalmente constituida, siendo su constitución nula. En cambio, concurriendo los asentimientos necesarios, el Juez podrá denegar la adopción en beneficio del menor.

⁷⁸⁶ SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., pág. 207.

necesario para la adopción. 2. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores⁷⁸⁷. 3. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio. 4. La Entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

La audiencia es una mera opinión para ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión, siendo preceptiva, salvo imposibilidad⁷⁸⁸. Si bien carece de fuerza vinculante, contribuye a fundamentar la decisión del Juez.

Debe practicarse ante el juez y la omisión del trámite dará lugar a la nulidad de las actuaciones.

En relación a la audiencia, poco más resalta la doctrina⁷⁸⁹, limitándose a citar jurisprudencia aplicable como la STC. de 26 de septiembre de 1990⁷⁹⁰, que declara nulo el auto constitutivo de adopción ante la falta de audiencia de la madre biológica cuando había posibilidad de localizarla para ser citada en forma; la STC. de 16 de junio de 1997⁷⁹¹, que no aprecia indefensión de la madre cuando fue debidamente citada y se manifestó contraria a la adopción, puesto que este testimonio no se considera vinculante; la STS. de 2 de marzo de 1989⁷⁹², que excluye del trámite a los padres privados de patria potestad; la STS. de 18 de marzo de 1987⁷⁹³, que recoge la oportunidad de que el menor de 12 años sea oído por el Juez a fin de que pueda valorar la oportunidad de la adopción, y, sobre todo, cuando se manifieste en contra de ser adoptado, como se recoge en la STS. de 19 de febrero de 1988⁷⁹⁴. Ahora bien, según esta misma doctrina, con independencia de todo ello, el Juez puede recabar la opinión de otras personas, puesto que, en materia de adopción, puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas (art. 1826.1 LEC-1881).

En cuanto a la forma en que se han de practicar estas audiencias, será mediante

⁷⁸⁷ Para GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 592, no hay nada que objetar a la previsión de audiencia al guardador, pero, en cambio, es sorprendente que el tutor deba solamente ser oído, porque la tutela se establece en sustitución de la patria potestad y los tutores deben tener el mismo tratamiento que los padres.

⁷⁸⁸ GARCÍA SERRANO: *Op. cit.*, pág. 592.

⁷⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO: *Comentarios al Código Civil*, cit., Aranzadi, pág. 369.

⁷⁹⁰ RTC 1990, 143.

⁷⁹¹ RTC 1997, 114.

⁷⁹² RJ 1989, 1764.

⁷⁹³ RJ 1987, 1515.

⁷⁹⁴ RJ 1988, 1117.

una comparecencia personal ante el juez que conoce del expediente, debiendo estar también presente el Ministerio Fiscal. Además, se llevará a cabo en privado, cumpliendo el deber legal de reserva. A su vez, en esta audiencia se deberán evitar los tecnicismos incomprensibles para los interesados, los cuales también deberán ser informados de sus derechos y de los efectos de dicha audiencia⁷⁹⁵.

3.2.- El procedimiento de adopción

3.2.1. Un procedimiento mixto

El procedimiento judicial de adopción se halla regulado en los arts. 1829 a 1832 LEC-1881⁷⁹⁶, modificados, posteriormente, en su redacción por la Ley 21/1987.

⁷⁹⁵ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Acogimiento y adopción*, cit., Id. vLex: VLEX-387727. <http://vlex.com/vid/387727>.

⁷⁹⁶ Art. 1829: “En la propuesta de adopción, formulada al Juez por la entidad pública, se expresarán especialmente: a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando. c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del Juzgado.

En los supuestos en que no se requiere propuesta previa de la entidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil, la solicitud formulada al Juez por el adoptante expresará las indicaciones contenidas en los apartados anteriores en cuanto fueren aplicables, y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicho artículo.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos”.

Art. 1830: “El asentimiento a la adopción que hayan de prestar el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez.

Si cuando se presenta la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, será necesario que éste sea renovado ante el Juez.

En las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”.

Art. 1831: “Si en la propuesta o la solicitud de adopción no constare el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar de nuevo, una vez que hayan transcurrido quince días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado en el Juzgado.

Dicho procedimiento, a través del cauce de jurisdicción voluntaria, facilita el carácter flexible e inquisitorio del mismo, por cuanto permite al Juez ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción favorece al menor *ex art. 1826 LEC-1881*.

Además, teniendo en cuenta que la adopción no representa la resolución fruto de una contienda entre las partes, sino la constitución de una relación de filiación que se estima lo más beneficioso para la protección del menor, la jurisdicción voluntaria es, sin duda, el cauce adecuado conforme el objeto de la misma. El problema surge cuando se plantea la oposición a la adopción, si bien, aun mediando ésta, no se convierte el procedimiento de adopción en contencioso puesto que, insistimos, no se trata de resolver una contienda entre las partes que alegan sus respectivos argumentos jurídicos, sino a establecer un vínculo jurídico de filiación. Sí es cierto que en el caso de oposición de los padres a la adopción, ello obliga al Juez a que, previamente, dirima si el supuesto concreto de adopción que se ha presentado, necesita o no, del asentimiento paterno, lo que es objeto del procedimiento contemplado en el art. 781 LEC-2000. Por razones obvias, el expediente de adopción queda suspendido en tanto aquéllo no se resuelva. Y sólo la decisión que no considere necesario el asentimiento paterno permitirá, tras ser manifestada a la oposición, la válida constitución de la adopción.

En cuanto a si la configuración no contenciosa del procedimiento de adopción, ha sido avalado por el TC., ha de señalarse que éste ha declarado que el respeto legal a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE no exige la fijación de un proceso ordinario, ni su desarrollo conforme a las estrictas reglas de tales procedimientos, para atender a los derechos de los progenitores sobre los hijos (entre otras, STC. de 5 de abril de 1990)⁷⁹⁷, considerando, además, que “*al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores*

Cuando no hayan podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil.

El auto por el que se acuerde la adopción será susceptible de apelación en ambos efectos”.
Art. 1832: “*Las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda.*

Durante la sustanciación del procedimiento el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz”.

⁷⁹⁷ RCT 1990, 71.

a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil transparenta su intención de servir importantes fines. Uno, asegurar que todas las actuaciones serán llevadas a cabo «con la conveniente reserva», evitando en particular que se quiebre la muralla de discreción que la Ley establece entre la familia de origen y la familia adoptiva (art. 173.4 C.c. y art. 1826 LEC-1881). Otro fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 in fine, 174 y 176.1 C.c. y art. 1826 LEC-1881)” (STC. de 16 de junio de 1997⁷⁹⁸).

Ahora bien, la fuerte intervención pública que como garante del interés del menor se introduce por la Ley 21/1987 en la adopción, comporta que, como regla general, el Juez valore tanto el interés del menor como la idoneidad del adoptante en segundo lugar, tras la constatación previa de ambas circunstancias por parte de la Entidad pública, como salvaguarda última de las mismas y desde un punto de vista imparcial.

De este modo, puede afirmarse que el procedimiento de adopción presenta un carácter mixto, puesto que existe una fase prejudicial a cargo de la Administración, al iniciarse el expediente por la propuesta de la Entidad pública protectora del menor (a excepción de los supuestos contemplados en el art. 176.2 C.c.), en la cual recae la identificación del menor, la declaración de idoneidad de quienes se postulan como adoptantes y la ulterior selección entre ellos de los más idóneos para el menor. Ello conduce a la correspondiente normativa autonómica que regula el desempeño de esta importante potestad de la Administración⁷⁹⁹.

En concreto, el Decreto andaluz, regula el procedimiento administrativo de

⁷⁹⁸ RTC 1997, 114.

⁷⁹⁹ YZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, cit., págs. 568 a 571.

adopción en sus arts. 49⁸⁰⁰ y 50⁸⁰¹, en cuyo análisis permítasenos no adentrarnos, teniéndose en cuenta que la adopción deviene de una situación previa de acogimiento, al cual nos remitimos.

3.2.2.- El procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en fase judicial

Con anterioridad a la actual Ley procesal civil, la forma de proceder cuando los padres del adoptando habían sido citados para la simple audiencia y ellos estimaban que era preceptivo su asentimiento para la adopción de su hijo se regulaba en el art. 1827 LEC-1881, conforme al cual, ante tal alegación de los padres, debía interrumpirse el expediente de adopción hasta que se resolviese dicha cuestión por el mismo juez que conocía del expediente y por los cauces del juicio verbal.

Sin embargo, según GONZALEZ PILLADO y GRANDE SEARA, tras la aprobación de la LOPJM, surgieron discrepancias en torno a cuándo se debía incoar el procedimiento del art. 1827 LEC-1881⁸⁰² y quién podía hacerlo. Tales discrepancias obedecían a la contradicción o, cuando menos, falta de coordinación que se apreciaba entre el último inciso del art. 177.2.2º C.c., introducido por la citada Ley, y el art. 1827 LEC-1881, interpretados de forma literal: mientras que el art. 177.2.2º C.c. parecía

⁸⁰⁰ Art. 49: “1. En los procedimientos de adopción, la Comisión Provincial de Medidas de Protección formalizará su propuesta ante el órgano judicial competente mediante una resolución en la que se hará constar los siguientes extremos:

a) La situación personal, familiar, social y económica de los adoptantes seleccionados y sus relaciones con el menor.

b) Los criterios de valoración empleados en el procedimiento de selección de los adoptantes.

En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del menor.

d) El requerimiento y prestación, en su caso, de los consentimientos necesarios.

2. A la propuesta se acompañarán los documentos previstos en el apartado 2 del artículo 46 del presente Decreto”.

⁸⁰¹ Art. 50: “En los casos en que no sea necesaria la propuesta de la Administración de la Junta de Andalucía para la constitución de la adopción, por llevar el menor más de un año acogido legalmente por el adoptante, la Comisión Provincial de Medidas de Protección, al evacuar el trámite de audiencia legalmente previsto, remitirá al Juzgado competente un informe sobre la idoneidad del adoptante, recabando para ello la información necesaria de los Servicios correspondientes de la Delegación Provincial de la Consejería que tenga atribuida la competencia en esta materia”.

⁸⁰² Este art. 1827 quedó sin efecto al promulgarse al LEC-2000. En su antigua redacción recogía la necesidad de interrumpir el procedimiento de adopción cuando los padres biológicos no asentían a la misma, oponiéndose a ello, y lo remitían al procedimiento verbal”.

exigir que se acudiese al procedimiento del art. 1827 LEC-1881 siempre que se plantease la cuestión de la posible incursión de los padres en causa de privación de la patria potestad y antes de decidir si debían ser citados para asentimiento o simple audiencia (proceso que debía ser incoado por la Entidad pública o el Ministerio Fiscal); por su parte, el art. 1827 LEC-1881 sólo preveía la incoación de dicho proceso cuando previamente había existido oposición de los padres, tras ser citados sólo para audiencia⁸⁰³.

A este respecto, se podría sostener, en principio, que esta incompatibilidad legislativa se debería resolver entendiendo que la LOPJM derogó el art. 1827 LEC-1881 en lo relativo a la necesidad de oposición de los padres para incoar el juicio verbal, de modo que, para que el juez citase a los padres del adoptando para la simple audiencia y prescindiese de su asentimiento, se debería acudir a un previo procedimiento contradictorio por los trámites del juicio verbal que desembocase en esta decisión. Sin embargo, no parece que el legislador de 1996 tuviese intención de derogar el art. 1827 LEC-1881, ni siquiera de modo parcial, cuando expresamente se remite a él, sin hacer ninguna matización.

Con la LEC-2000 este problema ya no se plantea, pues, si bien el art. 177.2.º C.c. no ha sido modificado, el art. 1827 LEC-1881 al que se remite ha sido derogado y el art. 781 LEC-2000 establece: *“1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753 LEC. 2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el Secretario judicial se dictará decreto dando por finalizado el trámite, decreto que será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se*

⁸⁰³ En relación a dicho precepto, GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 592 precisa que el mismo no aclara si la sentencia desestimatoria produce efectos sólo en el expediente de adopción y hace innecesario el asentimiento, o bien produce efectos de cosa juzgada y priva de la patria potestad”.

trate”.

3.2.2.a).- **Ámbito de aplicación**

Para determinar el ámbito de aplicación del procedimiento objeto de análisis, se debe partir de lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del art. 177 C.c., en los cuales, como ya hemos señalado con anterioridad, se determina quiénes deben asentir a la adopción y quiénes simplemente oídos.

Una interpretación sistemática de ambos apartados nos lleva a la conclusión de que, si los padres del adoptando han sido privados de la patria potestad, no se requiere su asentimiento ni su audiencia para constituir la adopción, mientras que, si los padres están incurso en causa legal para la privación de la patria potestad, están imposibilitados para prestar el asentimiento o el adoptando es un menor emancipado, no se requiere su asentimiento, pero sí su audiencia.

Reconocen GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA que, en este punto, la terminología legal resulta muy imprecisa y generadora de inseguridad jurídica, ya que un aspecto de tanta trascendencia como es la determinación de si se exige asentimiento o simple audiencia de los padres se hace depender de que las expresiones “*estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad*” o “*se encuentren imposibilitados*” para prestar el asentimiento sean interpretadas extensiva o restrictivamente, por lo que se pueden generar importantes controversias.

Pues bien, para resolver, de manera definitiva, estas controversias que se suscitan cuando los padres han sido citados al expediente de adopción para simple audiencia y ellos consideran que es necesario su asentimiento, se contempla el proceso especial del apenas reproducido art. 781 LEC-2000, cuyo concreto y único objeto es decidir si los padres deben asentir a la adopción o ser simplemente oídos, sin que se puedan decidir en él otras cuestiones como, por ejemplo, la privación de la patria potestad de los padres o la posibilidad de constituirse o no la adopción pese a la oposición de los padres⁸⁰⁴.

⁸⁰⁴ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, cit. [TOL1.210.176].

La STS. de 6 de febrero de 2012⁸⁰⁵, en su FJ. 3º, afirma que *“resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177. C.c., en relación con el art. 170 C.c., es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.*

En consecuencia, el órgano judicial ha de atender a las circunstancias concretas del caso, bajo la omnipresente directriz de la protección del interés del menor.

3.2.2.b).- Regulación del procedimiento

Conforme a lo dispuesto en el último inciso del art. 781.1 LEC-2000, el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753 de la Ley Rituaria, de manera que se seguirán los cauces del juicio verbal (arts. 437 a 447), con las especialidades ya analizadas al tratar las disposiciones comunes a todos los procesos del Título I de su Libro IV.

3.2.2.b).I.- Legitimación

El art. 781.1 LEC-2000 atribuye legitimación activa para promover este proceso a *“los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción”*. Sin embargo, se trata de una fórmula excesivamente genérica que, por tanto, debe ser matizada atendiendo a lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del art. 177 C.c.

Así, debe entenderse que la legitimación activa la ostentan únicamente los padres del adoptando (tanto biológicos como adoptivos) que, habiendo sido citados para

⁸⁰⁵ RJ 2012, 4522.

su simple audiencia por considerárseles incurso en causa de privación de la patria potestad o imposibilitados para asentir, no estén de acuerdo y entiendan que es necesario su asentimiento; así como los padres del adoptando que son citados para simple audiencia por hallarse aquél emancipado, cuando cuestionen dicha emancipación.

Esta legitimación activa la podrán ejercitar los padres del adoptando de forma individual o conjunta, sin que se imponga un litisconsorcio activo entre ellos, ya que la sentencia que se dicte sólo decidirá sobre la necesidad o no de asentimiento del litigante.

En cambio, como aseguran GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁸⁰⁶ carecen de legitimación activa los padres que están privados de la patria potestad por sentencia firme, aunque se empeñen en que es necesario su asentimiento para constituir la adopción, ya que éstos ni siquiera han de ser citados para simple audiencia. Tampoco están legitimados para incoar el proceso previsto en el art. 781 LEC otros parientes del adoptando interesados en que la adopción no se constituya, como pueden ser los abuelos o los tíos. Sin embargo, nada obsta para que, una vez incoado el proceso por los padres, estos parientes intervengan en el mismo como intervinientes adhesivos, apoyando la posición procesal de aquéllos (o bien la contraria, en el supuesto de estar interesados en que los padres no veten la adopción).

Conforme se recoge en la Circular de la FGE 1/2001, punto VII.5.B.B, la lectura del art. 781 LEC-2000, según el cual los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Juez y manifestarlo así. Esto plantea la duda de si el proceso contradictorio ha de desarrollarse en todo caso con carácter previo a la decisión del Juez de prescindir del asentimiento, como parece afirmar el art. 177.2.2º C.c., o sólo si alguno de los padres o ambos optan expresamente por oponerse, como parece desprenderse de la dicción del art. 781 LEC. Tal como se configura el proceso especial, en el cual el progenitor que pretenda que se recabe su asentimiento adopta la posición de demandante, resulta claro que es precisa su iniciativa, y que el Juez que, sobre la base de la propuesta formulada por la Entidad

⁸⁰⁶ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, cit. [TOL1.210.176].

pública, considere que es suficiente la audiencia del progenitor en el expediente, debe citarle para la práctica de tal trámite, que será precisamente el momento en el que se podrá manifestar la oposición a la adopción, lo que, en términos técnicos, se traduce como pretensión de que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción. En ese momento, el Juez deberá suspender el expediente de adopción y, conforme al art. 781.1 LEC-2000, fijar un plazo entre 20 y 40 días para la presentación de la demanda; presentada ésta, se tramitará conforme a las normas generales del art. 753 LEC-2000. Si no se presenta la demanda en el plazo, se levantará mediante auto la suspensión del expediente de adopción y ya no se admitirá que el mismo sujeto formule más adelante idéntica pretensión (art. 781.2).

Aunque el progenitor citado para audiencia no manifieste expresamente su oposición a la adopción, también en tal supuesto se le debe instruir igualmente del derecho a formular oposición por considerar que es preciso su asentimiento, fijándole el mismo plazo de entre 20 y 40 días para que, si lo estima oportuno, presente la oportuna demanda; transcurrido el plazo sin haber sido ésta presentada, el expediente de adopción podrá seguir su curso, considerándose que, de este modo, también se ha cumplido, como preceptúa el art. 177.2.2º C.c., con la exigencia de valorar la concurrencia de una causa para la privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio.

Debe destacarse que este proceso sólo resulta viable cuando los padres citados para la simple audiencia intervienen efectivamente en el expediente, pues, en otro caso, la adopción se podrá constituir válidamente sin su asentimiento y, sólo podrán pretender *a posteriori* la extinción de la misma acudiendo a la vía del art. 180.2 C.c. (art. 1831.3 LEC-1881).

Por su parte, los sujetos legitimados pasivamente serán la Entidad pública o el propio adoptante, dependiendo de si la incoación del expediente de adopción tuvo lugar mediante propuesta de aquélla o solicitud de éste, en cuyo caso es inevitable que se conozca el o los adoptantes y los padres del adoptando.

De acuerdo con el art. 753 LEC-2000, de la demanda por la que se incoa este proceso también debe darse traslado al Ministerio Fiscal, que deberá contestarla.

Una vez tramitada la demanda, se requiere la intervención de letrado y procurador por parte de los opositores, siguiéndose los cauces normales del

procedimiento verbal.

3.2.2.b).II.- Competencia

La competencia territorial corresponde al JPI del domicilio de la Entidad protectora o, en su defecto, en el caso en el cual, conforme al art. 176.2 C.c., no es precisa la propuesta previa de la Entidad para la adopción, será competente el Juzgado del domicilio del adoptante, que coincidirá, en todo caso, con el competente para tramitar el expediente de adopción (regla 16ª del art. 63 LEC-1881, aún vigente).

A juicio de la FGE, expresado en su Circular 1/2001 FGE, punto. VII.5.B.B, más sencillo hubiese resultado, para evitar cualquier posible duda de competencia entre Juzgados en aquellos casos en que haya más de un Juzgado en la localidad y se deba acudir a las normas de reparto, atribuir la competencia al mismo Juzgado que esté tramitando la adopción. Ésta puede deducirse es, al menos, la voluntad clara de la Ley, que atribuye al mismo Juez que tramita la adopción la competencia para fijar el plazo de presentación de la demanda y para, en su caso, dictar Auto alzando la suspensión del expediente de adopción, lo que parece indicar que es ante él ante quien, necesariamente, ha de presentarse la demanda.

IV.- EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

4.1.- La ruptura de los vínculos con la familia anterior

A tenor del art. 178.1 C.c., “*la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior*”. En términos similares, el Convenio de Estrasburgo, en su art. 11.1º *in fine*, establece que “*la adopción podrá fin al vínculo jurídico existente entre el menor y su padre, madre y familia de origen*”.

Este efecto de la adopción constituye una exigencia ineludible para lograr la finalidad de la misma, a saber, la total integración del adoptado en el núcleo familiar del adoptante, como expresa la EM. de la Ley 21/1987.

Más concretamente, la ruptura de los vínculos con la familia anterior (natural o adoptiva)⁸⁰⁷ implica: a) la extinción de la patria potestad que sobre el adoptado tenían sus anteriores padres; b) la pérdida de los apellidos de la familia anterior; y c) la desaparición de los derechos y obligaciones respecto de sus anteriores parientes (en particular, el derecho y la obligación de alimentos y los derechos sucesorios). No obstante lo anterior, la ruptura de los vínculos familiares anteriores no es total y absoluta, ya que el art. 178.3 C.c. dice que todo ello “*se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales*”, lo que conecta con lo dispuesto por el art. 47 C.c.⁸⁰⁸.

Además, el art. 178.2 C.c., el cual recibió nueva redacción por la Ley 13/2005 de modificación del C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio, contempla supuestos en los cuales subsiste los vínculos con la familia paterna o materna, lo que no se produce de modo automático, sino que dicha subsistencia se ha de solicitar por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo ha de subsistir. Por tanto, ello supone que ha de existir acuerdo entre todos ellos en que tales vínculos subsistan. De todos modos, aunque la literalidad del precepto puede dar a entender que, cumpliéndose estos requisitos legales, el juez está vinculado a declarar la subsistencia de los vínculos con la familia anterior, hay que entender que el juez siempre deberá tener en cuenta el interés del menor, por lo que podrá acordar la extinción de tales vínculos.

Ello está en consonancia con lo previsto por el Convenio de Estrasburgo, que deja cierto margen a los Estados en su art. 11.3, al disponer que “*en lo que concierne a la ruptura del vínculo jurídico existente entre el menor y su familia de origen, los Estados Partes podrán prever excepciones para cuestiones tales como el apellido del menor, los impedimentos para el matrimonio o el registro de una pareja de hecho*”.

Es preciso destacar la posibilidad de que renazca la filiación por naturaleza si, en virtud de lo dispuesto por el art. 180 C.c., los padres logran la extinción de la adopción.

⁸⁰⁷ Precisión que hace GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 593, al permitirse la adopción sucesiva.

⁸⁰⁸ Como apunta LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., pág. 375, en caso contrario sería admisible, por ejemplo, el matrimonio de hermanos de sangre.

Así las cosas, como podrá comprobarse, la rotundidad con la que se afirma la ruptura de los vínculos con la familia anterior se ve, posteriormente, diluida en algunos supuestos, pudiendo no ser completa sino limitada.

El Anteproyecto de Ley de protección de la Infancia de 2014, que modifica el art. 178 C.c., establece lo que podría denominarse la “*adopción abierta*” puesto que, según el Anteproyecto “4.4. *Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.*

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de la relación y contactos mencionados, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de 12 años. En todo caso, será oído el adoptando menor de 12 años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario dicha relación y contactos se llevará a cabo con la mediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar también su modificación o finalización en atención al interés superior del menor.

En la declaración de idoneidad deberá valorarse en estos casos la disposición favorable al mantenimiento de esta relación con la familia de origen”.

4.2. Eficacia en relación con la familia adoptiva

Conforme al art. 11.1 del Convenio de Estrasburgo, “*en el momento de la adopción, el menor se convierte en un miembro más de la familia del adoptante o adoptantes a todos los efectos y, con respecto al adoptante o adoptantes y su familia o familias, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo del adoptante o adoptantes cuya filiación esté legalmente reconocida. El adoptante o adoptantes asumirán la responsabilidad parental con respecto al menor*”.

A la hora de estudiar los efectos que produce la adopción respecto de la familia adoptiva, se debe partir del principio de equiparación de filiaciones que se recoge en el art. 108 C.c., cuyo párrafo segundo dispone que *“la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”*.

Tomando como punto de partida este principio, y haciendo un recorrido por los distintos preceptos del C.c. relativos a la filiación, pueden determinarse cuáles son dichos efectos.

Para la exposición de los mismos, distinguiremos entre efectos personales y efectos patrimoniales. Los efectos personales que produce se refieren a la patria potestad, los apellidos, la nacionalidad y vecindad civil, y el parentesco. En cuanto a los efectos patrimoniales, que conlleva consisten en la prestación de alimentos y los derechos sucesorios.

En relación a la patria potestad, cuando el adoptado sea un menor de edad no emancipado, el adoptante o adoptantes asumen la titularidad de la patria potestad sobre el mismo, extinguiéndose la de los padres anteriores. La extensión de las facultades y deberes inherentes a la patria potestad atribuida a los adoptantes es idéntica a la de la paternidad natural. A los adoptantes también les son aplicables las causas de privación y suspensión de la patria potestad de los arts. 170 y 172 C.c., en cuyo caso, a tenor del art. 179.1 C.c., el juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal acordará que el adoptante *“quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias”*.

En cuanto a los apellidos y dado que el art. 109 C.c. contempla que, en virtud del principio de equiparación de filiaciones, *“la filiación determinará los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley”*, el adoptado ostentará los apellidos de los adoptantes.

Por lo que respecta a la nacionalidad, el art. 19 C.c. dispone que el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen. En cambio, si es mayor de edad, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años desde la constitución de la

adopción. En lo referente a la vecindad civil, el art. 14.2.II C.c. establece que “*por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes*”.

En relación al parentesco, la adopción no supone simplemente la adquisición de un *status filii*, sino también de un *status familiae*⁸⁰⁹, por ello el adoptado, sus descendientes y parientes afines se convierten en parientes de los familiares del adoptante.

En relación a la prestación de alimentos, el C.c. no contiene ninguna norma que regule la obligación de alimentos entre parientes por adopción, pero, en virtud del principio de equiparación de filiaciones del art. 108.2 C.c., surgen los derechos y deberes de alimentos entre el adoptado y sus descendientes con el adoptante y la familia biológica o adoptiva de éste, que se rigen por las disposiciones de los arts. 142 y ss. Conforme a ello, lo dispuesto en el art. 143 C.c. sobre la deuda de alimentos entre hermanos también rige entre los hermanos por adopción y, a efectos de lo establecido en el art. 144 C.c. sobre la preferencia para reclamar y prestar alimentos, a los hermanos uterinos o consanguíneos se equiparan los hijos adoptivos de un solo adoptante cuando concurren con hijos biológicos o adoptivos del adoptante y su cónyuge o pareja estable.

Tampoco contiene el C.c. ninguna disposición que regule expresamente los efectos que produce la adopción en el orden sucesorio, por lo que es preciso acudir, de nuevo, al principio de equiparación de filiaciones. Por consiguiente, habría que señalar que la adopción extingue los derechos sucesorios recíprocos que existían entre el adoptado y su familia anterior, salvo en los supuestos del art. 178.2 C.c.; en relación con la sucesión intestada, la adopción hace surgir con carácter recíproco entre el adoptante y el adoptado los derechos que se establecen en los arts. 930 y ss. C.c. en el orden de suceder; para la sucesión testamentaria el hijo adoptivo tiene la condición de legitimario a los efectos de los arts. 807 y 808 C.c.; y, por último, hay que subrayar que estos derechos sucesorios no se establecen únicamente entre el adoptado y sus descendientes con el adoptante, sino que se extienden también a los parientes del adoptante⁸¹⁰.

El art. 180.3 C.c. establece que la extinción de la adopción no es causa de

⁸⁰⁹ GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 593.

⁸¹⁰ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, cit. [TOL1.210.172].

pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

4.3.- El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos

Teniendo en cuenta los efectos que la adopción produce en el adoptado, en la mayoría de los casos, se pierde cualquier referencia a sus orígenes biológicos, sin que quede rastro alguno de su vida anterior.

Se plantea, entonces, la posibilidad de que el adoptado desee conocer sus orígenes.

Este derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado se encuentra reconocido en el art. 180.5 C.c., tras la modificación operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, el cual dispone: “dispone que *“las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”*.

El fundamento de tal derecho se halla en la conciencia actual sobre la importancia que, para la construcción de la identidad, tiene el conocimiento de la propia familia, así como de las primeras circunstancias sociales. Supone la recepción jurídica de las nuevas tendencias brindadas por las investigaciones de las ciencias sociales, en especial, la psicología, que defienden la construcción de una filiación adoptiva abierta, con asunción por el hijo del carácter de la misma. Desde la perspectiva jurídica, representa una consecuencia lógica, en materia de adopción, de la recepción del principio de verdad biológica como fundamento del Derecho de filiación, constituyendo así, una vertiente necesaria del derecho del adoptado a ejercitar las acciones en determinación de su filiación, desde el punto de vista meramente declarativo⁸¹¹.

⁸¹¹ IZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., pág. 626.

Sin embargo la LRC 20/2011, de 21 de julio, dispone en su art. 44.4, pfo. segundo dispone que “*en los casos de filiación adoptiva, se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley*”.

Por consiguiente, se trata de información reservada, que se encuentra en poder de la Entidad pública.

Sin poder entrar en el detenido estudio del derecho a conocer la verdad biológica⁸¹² pues ello excedería, con creces, el presente trabajo y, además, trascendería la dimensión exclusivamente jurídica del mismo, sí, en cambio, centraremos nuestra atención en una concreta cuestión, la que gira en torno a la protección y cesión o no de los datos al adoptado de los padres biológicos.

Y es que, como afirma GARCÍA ABURUZA⁸¹³, el límite principal de este “*derecho a conocer*” de los adoptados está en el derecho paterno o materno a no darse a conocer. En esta línea, la STEDH. de 13 de febrero de 2003 (caso Odièvre contra Francia)⁸¹⁴ declaró la prevalencia del derecho materno frente al del hijo teniendo en cuenta no sólo a la madre sino también a terceros implicados y al interés general. Y esa prevalencia, según recoge la sentencia, entra en el margen de discrecionalidad de los Estados al regular los derechos enfrentados, si bien con las siguientes consideraciones: respeto a la vida privada y familiar del hijo y la madre, no alegación por el hijo del derecho a la vida familiar biológica pues él ya tiene una familia, etc. Además, el anonimato de la madre no supondría para el hijo una discriminación por razón de nacimiento porque este derecho no es independiente⁸¹⁵.

⁸¹² Como precisa PINTO ANDRADE, Cristóbal: “El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen”, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=272#t3, “este derecho no está reconocido de forma explícita en la Constitución Española pero, sin embargo, algunos autores lo deducen implícitamente a partir de los arts. 10, 15, 18 y 39.2 de nuestra norma fundamental.

⁸¹³ GARCÍA ABURUZA: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, cit. [BIB 2013\467].

⁸¹⁴ TEDH 2003, 8.

⁸¹⁵ La STEDH, entre otras normas del Ordenamiento francés, cita la Ley núm. 2002/1993 de 22 de enero de 2002 relativa al “*acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilas del Estado*” que modificaba el Código de Acción Social y de la Familia, en su art. 2, introduciendo que: “*Toda mujer que solicite, con ocasión del parto, la preservación del secreto de su ingreso y de su identidad por un establecimiento sanitario, será informada de las consecuencias jurídicas de dicha solicitud y de la importancia para cualquier persona de conocer sus orígenes y su historia. Será por tanto invitada a facilitar, si lo acepta, informaciones sobre su salud y la del padre, los orígenes del niño y las circunstancias de su nacimiento así como, en pliego cerrado, su identidad. Será informada de la*

En España, se prevé el derecho a conocer pero también el derecho a la protección de datos personales. Al respecto, es preciso señalar, según se recoge en el AAP. de Madrid de 6 de noviembre de 2012⁸¹⁶, que el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos supone una cesión de datos de carácter personal referida a los padres biológicos del adoptado, al definir el art. 3.i) de Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, como "*toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado*". Tal cesión debe sujetarse al régimen general de comunicación de datos de carácter personal establecido en el art. 11 de la citada Ley, donde se establece que la misma sólo puede verificarse para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario y exige, para que pueda tener lugar, el consentimiento del interesado (art. 11.1), otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar (art. 11.3).

No obstante, sigue recogiendo en el citado Auto, el art. 11.2 de la Ley prevé una serie de excepciones a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado que, a los efectos que interesan en el presente supuesto, quedan limitadas a la contenida en el apartado a) que prevé la posibilidad de cesión inconsentida "*cuando la cesión está autorizada en una Ley*". Por tanto, será necesario que exista una norma con rango de Ley que habilite la cesión no consentida de los datos.

El art. 180.5 C.c. dispone que "*...Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho*". Por tanto, según la AP. de Madrid, se establece, así,

posibilidad de levantar en todo momento el secreto de su identidad y que, en caso contrario, su identidad no podrá ser comunicada sino en las condiciones previstas en el artículo L. 147-6. Será también informada de que podrá en todo momento facilitar su identidad en un pliego cerrado o completar las informaciones proporcionadas en el momento del nacimiento. Los nombres puestos al niño y, llegado el caso, mención del hecho de que fueron puestos por la madre, así como el sexo del niño y la fecha, el lugar y hora del nacimiento vendrán anotados en el exterior de dicho pliego. Las personas citadas en el artículo L. 223-7 cumplirán, advertidas de ello, con estas formalidades bajo la responsabilidad del director del establecimiento sanitario. A falta de ello, serán llevadas a cabo bajo la responsabilidad de dicho director".

⁸¹⁶ AC 2012, 1617.

un supuesto de habilitación legal de la cesión de los mencionados datos de carácter personal, de manera que la cesión por el consultante de los datos necesarios para que la Entidad pública de protección de menores a que se refiere la consulta ejerza las funciones que se le atribuyen de ayuda a los solicitantes para hacer efectivo su derecho, se encuentra amparada en el art. 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, en relación con lo dispuesto en el art. 180.5 C.c.

No obstante, continúa afirmando la AP. de Madrid que se ha señalado reiteradamente que el establecimiento de una habilitación legal para el tratamiento o cesión de datos de carácter personal no puede considerarse sin más conforme al derecho fundamental a la protección de datos si dicha excepción no ampara el respeto a los restantes principios contenidos en la Ley Orgánica 15/1999 y, en particular, los establecidos en su art. 4, cuyo número primero dispone lo siguiente: *"los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido"*.

En consecuencia, según el citado AAP. de Madrid, la cesión deberá limitarse a aquellos datos que permitan a la Entidad pública de protección de menores el ejercicio de sus funciones. Asimismo, el número segundo del art. 4 de la Ley Orgánica 15/1999 exige que los datos sean tratados únicamente para las finalidades que motivaron su recogida, en este caso, las establecidas en el aludido art. 180 C.c. de ayuda, previa notificación a las personas afectadas, a los solicitantes del derecho sin que quepa emplear dichos datos personales para finalidades distintas de las mencionadas⁸¹⁷.

En definitiva, sería cesión de datos de carácter personal lo relativo al derecho a conocer del art. 180 C.c., en cuanto sería revelación de datos a persona distinta del interesado, lo cual necesitaría el consentimiento del afectado, salvo si la cesión está autorizada por la ley. Y aun así, los datos recabados deben limitarse a los fines que motivaron su recogida para fin explícito, legítimo y determinado y previa notificación de las personas afectadas.

⁸¹⁷ Ver FJ. 4º del AAP. de Madrid de 6 de noviembre de 2012 (AC 2012, 1617).

En relación a la cuestión que estamos tratando, el Convenio de Estrasburgo, en su art. 22, números 3, 4, 5 y 6 dispone: “3. *El menor adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes. Cuando sus padres de origen tengan derecho a que no se divulgue su identidad, una autoridad competente deberá tener la posibilidad, en la medida en que la ley lo permita, de determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre la identidad, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen. Un menor adoptado que no haya alcanzado aún su mayoría de edad podrá recibir asesoramiento adecuado.*

4. El adoptante y el menor adoptado podrán obtener documentos que contengan extractos de los registros públicos que den fe de la fecha y el lugar de nacimiento del menor adoptado, pero que no revelen expresamente la adopción, ni la identidad de los padres de origen. Los Estados Partes podrán decidir la no aplicación de esta disposición a las demás formas de adopción que se indican en el apartado 4 del artículo 11 del presente Convenio.

5. Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva.

6. Se llevarán los registros públicos o, al menos, se reproducirán sus contenidos, de tal modo que las personas que no tengan un interés legítimo en los mismos no puedan tener conocimiento de la adopción de una persona o, si ésta es conocida, de la identidad de sus padres de origen”.

De este modo, se contempla que el menor pueda obtener documentos para ello, aunque se podrá por los Estados no aplicar esta disposición.

El Convenio también contempla que las informaciones relativas a la adopción se conserven al menos durante 50 años desde que la misma sea definitiva (art. 22.5), a las cuales no podrán acceder aquéllos que no tengan un interés legítimo (art. 22.6).

En definitiva, nuevamente el Convenio establece un marco en la regulación de la adopción, contemplando una inicial regulación que puede ser alterada por los Estados e incluso “derogada”, lo cual no va a favorecer en demasía la corrección de los puntos de

vista divergentes que al respecto existen en los países miembros acerca de los principios que deben regir la adopción, pretensión que parece ser el propio fundamento del Convenio según contiene su propio Preámbulo⁸¹⁸.

Destacables son los arts. 235-49 y 235-50 del Libro II del CCC., relativo a la persona y la familia, los cuales disponen:

Art. 235-49. *Derecho a la información sobre el propio origen.*

1. *El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.*

2. *El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.*

3. *Las Administraciones Públicas deben facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro.*

4. *El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogénéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad.*

5. *Los derechos reconocidos por los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones.*

Y, por su parte, el art. 235-50 se ocupa de la “*Obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción*”: “*los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor*”.

Como puede comprobarse, en la normativa catalana en el procedimiento de búsqueda de la verdad biológica desempeña una importante labor la mediación⁸¹⁹ y,

⁸¹⁸ GARCÍA ABURUZA: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, cit. [BIB 2013\467].

⁸¹⁹ La Ley 7/2001, de 26 noviembre, de las Cortes Valencianas, de Mediación Familiar (DO. Generalitat Valenciana núm. 4138, de 29 noviembre 2001), en su art. 9 que regula los deberes

respecto a la obligación de informar al hijo adoptado, mostramos nuestras dudas, pues, con ella, el legislador de adentra en la intimidad familiar al imponer un deber de revelación de los padres adoptantes a los hijos cuyo incumplimiento no recibe sanción alguna y, además, no es respetuoso con el derecho a no saber.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, la maternidad anónima es poco conocida en las legislaciones internas europeas ya que, únicamente, Italia y Luxemburgo no imponen legalmente a los padres biológicos el registro del recién nacido o la declaración de su identidad durante el registro. Por el contrario, la indicación del nombre de la madre, que se vincula automáticamente al del hijo, así como el del padre, es obligatoria en numerosos países: Noruega, Holanda, Bélgica, Alemania, España, Dinamarca, Reino Unido, Portugal, Eslovenia o Suiza.

Estos últimos años se asiste en algunos países a una evolución hacia la aceptación, si no del parto anónimo, al menos de un parto discreto, que no cierre definitivamente la puerta a cualquier búsqueda de filiación. Así se ha planteado en Bélgica, en donde una postura mantiene que el dilema ético planteado por el parto en el anonimato no reside en modo alguno en la oposición de los derechos respectivos “*del niño a una filiación*” y de “*la madre desamparada*” a resolver su situación conflictiva, sino en la confrontación más fundamental de los dos valores, el de la vida del niño, por un lado, y el derecho de toda persona a conocer a su madre biológica por otro. Así las cosas, el primer valor a respetar es la protección de la vida del niño y su desarrollo, razón por la cual consideran que el parto en el anonimato es perfectamente legítimo y aceptable desde el punto de vista ético.

Igualmente en Alemania, ante el aumento de recién nacidos abandonados, se instaló en Hamburgo hace unos dos años, un primer «buzón para bebés» (Babyklappe) lugar en el que la madre deposita a su hijo, toca el timbre y se va sin facilitar su

de las personas mediadoras, establece: “*en los supuestos de búsqueda de orígenes biológicos, la persona mediadora se abstendrá de facilitar los datos identificativos a quien instó la mediación en tanto no disponga de la autorización expresa de la otra parte para que se realice el encuentro*” y, en su Disp. Adic. 1ª “*en los supuestos de mediación para el conocimiento de los orígenes biológicos y lograr el encuentro entre las personas adoptadas y su familia biológica, la Conselleria competente en materia de familia y adopciones aprobará mediante orden, el procedimiento a seguir para preparar convenientemente a las partes, en las mejores condiciones, antes del posible encuentro, salvaguardando los legítimos derechos de todos*”.

identidad. A partir de entonces, se han creado otros «Babyklappen» en varias ciudades. En mayo de 2002, el Bundestag rechazó un proyecto de Ley relativo al parto anónimo. El 21 de junio de 2002, el Land de Bade-Wurtemberg sometió al Bundesrat otro proyecto de Ley que fue remitido a los comités competentes a fin de presentarlo en el Bundestag.

Otro ejemplo sería Hungría, donde la madre puede decidir conservar el anonimato al abandonar a su recién nacido en una sala especial no vigilada que existe en los hospitales.

Desde nuestro punto de vista, es un gran avance el que la legislación reconozca el derecho al adoptado, si bien creemos que aún no estamos ante una cuestión sólida ni consolidada, además de encontrar importantes límites al acceso a la información solicitada por el adoptado en la legislación de protección de datos de carácter personal. Por otro lado, la LRC de 2011 aún mantiene la reserva en la inscripción de la filiación adoptiva. De este modo, valoramos positivamente el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer su verdad biológica (lo cual puede ser, incluso, relevante por razones de salud), si bien, en la actualidad, aún existen obstáculos que salvar.

Al hilo de ello, quisiéramos reseñar que el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014 introduce una modificación del art. 180.5 y 6 C.c. con el objeto de facilitar el acceso a esa información relativa a los orígenes del adoptado, en los siguientes términos y dando cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio de Estrasburgo: *“5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva.*

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

7. A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen”.

V.- IRREVOCABILIDAD Y EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

5.1.- Su carácter irrevocable

El art. 180.1 C.c. establece, taxativamente, la irrevocabilidad de la adopción, la cual debe entenderse en sentido técnico y no material, esto es, como imposibilidad de revocar la adopción a partir de una declaración de voluntad de las partes implicadas de sentido contrario. Ello tiene sentido dado el carácter no negocial del acto constitutivo de la adopción⁸²⁰ y, además, con el fin de dotarla de la máxima estabilidad⁸²¹.

Esta irrevocabilidad surte efecto una vez recae la resolución judicial que aprueba la constitución de la misma, tal como ilustran las SSTs. de 20 de abril de 1987⁸²², 12 de noviembre de 1988⁸²³ y 2 de marzo de 1989⁸²⁴. No cabe, por tanto, su extinción por mutuo disenso, ni por modificación sobrevenida de las circunstancias al momento de su constitución. Ni siquiera la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado afecta a la adopción, como establece el art. 180.4 C.c.⁸²⁵.

⁸²⁰ IZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., pág. 618.

⁸²¹ BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO: *Comentario al Código Civil*, cit., Aranzadi, págs. 373 y 374. Por su parte, GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 597, apunta el temor de los adoptantes de que los padres naturales puedan recuperar al hijo, con quien se han generado relaciones de afectividad que están llamadas a perdurar toda la vida. Para LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., pág. 374, la Ley pretende dotar de la máxima estabilidad y continuidad a la filiación adoptiva en evitación de continuas querellas por los adoptados, evitando convertirlos en “carne de chantaje”, de modo que una vez constituida la adopción mediante el auto judicial, el hijo adoptivo “ha pasado página”.

⁸²² RJ 1987, 2717.

⁸²³ RJ 1988, 8442.

⁸²⁴ RJ 1989, 1746.

⁸²⁵ En relación a dicho supuesto, LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., págs. 373-374 ejemplifica: “supongamos el personaje público de relevancia que, arrepentido, ofrece en sus memorias, treinta años después, datos suficientes para identificar al que, por generación, fue hijo suyo”. Pues bien, ni siquiera la verdadera filiación de quien fue adoptado provocaría la pérdida de su condición de hijo adoptivo del correspondiente adoptante.

Al respecto, SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., pág. 210 considera que, en tal supuesto, entiende que la subsiguiente determinación legal de la filiación biológica del adoptado no crea vínculos familiares con la familia de origen así conocida.

Sin embargo, la extinción de la adopción puede tener lugar en aquellos supuestos en los que los padres, sin culpa atribuible a ellos, no hayan intervenido en el expediente de adopción, en los términos que dispone el art. 177 C.c., y así lo hayan solicitado al Juez, dentro de un plazo de caducidad de dos años, a contar desde el momento en que quedó constituida la adopción y siempre que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (art. 180.2 C.c.)⁸²⁶.

5.2.- La viabilidad de la impugnación se subordina al interés superior de menor

Hemos de señalar que, en la práctica, los casos en los que se pretende la revocación de la adopción, requieren un estudio minucioso del asunto por parte del Tribunal, en tanto que estos procedimientos se ven subordinados a la prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés en juego.

Es el caso que se presenta en la SAP. de Jaén de 8 de mayo de 2000⁸²⁷, en la que se constituye una adopción, sin el asentimiento de la madre, puesto que no consta la filiación biológica. A través del procedimiento instando por la madre, se determina la filiación mediante prueba de ADN y ésta pide que se le devuelva a su hija. En el FJ. 4º de la citada sentencia se recoge que *“en principio, una vez determinada la filiación materna tal petición no debería ofrecer dificultad alguna al ser una consecuencia lógica de tal declaración el confiar la custodia y compañía de la niña a su madre biológica por corresponder ordinariamente a los padres la custodia y compañía de sus hijos salvo que la Ley disponga otra cosa. Pero, en el caso debatido, nos encontramos precisamente en este último supuesto, y ello constituye un obstáculo insalvable, cual es el de que durante la sustanciación de este proceso se ha constituido una adopción sobre la menor en cuestión cuya maternidad biológica ha quedado determinada en la forma antes expresada, y dicha adopción impide, por ahora, al menos, hasta que se declare legalmente extinguida la adopción, la entrega de dicha menor a la madre biológica, y*

⁸²⁶ Para GARCÍA SERRANO: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 597, no parece congruente lo dispuesto por el art. 180.2 con el escaso protagonismo que el art. 177 concede a los padres, quienes únicamente tienen que asentir a la adopción que otros realizan y de cuyo asentimiento se puede prescindir si están imposibilitados para ello.

⁸²⁷ AC 2000, 2445.

ello por impedirlo expresamente la Ley (art. 112 C.c., en relación con el punto 4º del art. 180 del mismo Texto Legal), disponiendo taxativamente este último precepto que «la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado no afecta a la adopción»”.

Sigue diciendo la Sentencia que “nos encontramos con otra dificultad añadida que hace aún más difícil la viabilidad de revocar la adopción, cual es que el principio rector de esta clase de procesos lo constituye la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas de las partes puedan oscurecer o perjudicar la actual situación humana y afectiva de la menor, pues frente al lógico y probado deseo de la madre biológica de recuperar a su hija, nos encontramos no ya con la también lógica y normal oposición que los padres adoptivos pudieran formular frente a tal pretensión, sino además con la misericorde situación humana y afectiva de la menor que lleva ya un dilatado período de tiempo en adopción (más de 8 años entre acogimiento y adopción), estando totalmente integrada con su familia adoptiva, y con la que se lleva muy bien –no sólo con su familia nuclear (padres y hermana) sino también con su familia extensa (abuelos y primos)– como manifestó la propia menor en la exploración que a tal efecto le hizo la Sala, todo lo cual hace que al menos, por ahora, no sea aconsejable arrancar a la menor de su familia adoptiva por poder resultar tal decisión pernicioso para ella y afectar negativamente un cambio tan radical al desarrollo psicológico de la misma, cuyos intereses, como hemos dicho antes, deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego (art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989], ratificada por España el 30 de noviembre de 1990)”.

La Decisión del TEDH. de 3 de abril de 2012 (caso G. L. contra España)⁸²⁸,

⁸²⁸ TEDH 2012, 31. Los antecedentes del caso enjuiciado son los siguientes: el 7 de noviembre de 2002, la demandante dio a luz a una niña en un hospital de Madrid. Al día siguiente, la demandante firmó un documento por el que permitía la puesta bajo tutela de la menor de cara a su futura adopción. Esta declaración fue certificada por dos testigos, uno de ellos una trabajadora social. Tres días después la Entidad Pública dictaminó la puesta bajo tutela de la menor con el consentimiento libre y voluntario de la madre. Dos días después, dos testigos certificaron la notificación de esta decisión a la demandante. Sin que conste en el sumario que la demandante se opusiera a esta decisión. El 21 de noviembre de 2002, la

desestimó una queja presentada por una madre biológica que pretendía la revocación de la adopción que ella misma había consentido inicialmente, basándose en que era rumana y no entendía los documentos que le presentaron para dar su consentimiento. El Tribunal recogía la necesidad de que el proceso decisonal que desemboca en medidas de injerencia (como puede ser considerada la adopción) sea equitativo y respete como es debido los intereses protegidos por el art. 8 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999.

En cuanto al fundamento de las pretensiones de la demandante, el Tribunal señaló, en primer lugar, que las faltas procesales que planteaba hacían referencia a la nulidad del consentimiento prestado, así como a la presunta ausencia de notificación de la decisión de puesta bajo tutela de la menor y su no citación durante la constitución del proceso de adopción. El Tribunal señaló al respecto que tanto el JPI. como la AP. de Madrid rechazaron las pretensiones por extemporáneas, dado que la demanda de la recurrente había sido presentada más allá del plazo de dos años previsto por el art. 180.2 C.c., pues, a pesar del hecho de que la adopción había sido constituida el 24 de noviembre de 2003, la primera reclamación de la demandante ante el Instituto Madrileño del Menor no tuvo lugar hasta octubre de 2008.

Al respecto, puso de manifiesto el Tribunal que la demandante, que permaneció durante todo este tiempo en España y que desde 2004 estaba casada con un ciudadano español, no explicaba de ninguna manera ante el Tribunal por qué no reaccionó antes a la adopción, ni tampoco afirmaba haber encontrado dificultades para recurrir a las jurisdicciones internas dentro de los plazos legales. Además, el Tribunal dejó constancia de que a diferencia de otros asuntos examinados por la Instancia, no resultaba que la demandante solicitara ver a su hija tras el parto ni que se cuestionara su elección o

Administración confirmó la decisión de poner bajo tutela e inició el proceso de adopción. La Comisión señaló en particular que la demandante había prestado su asentimiento por escrito y de forma libre y voluntaria. En el marco del proceso de adopción, por decisión de 11 marzo 2003, el Juzgado de primera instancia citó a la demandante a comparecer el 23 de abril de 2003 a las 12 h 20. Por decisión de 24 noviembre 2003, el Juzgado declaró la constitución de la adopción. Esta decisión devino firme el 16 de abril de 2004. El 14 de octubre de 2008, la demandante se dirigió a la Entidad Pública. Discutió la adopción y solicitó el restablecimiento de todos sus derechos sobre la niña. La demandante se quejó, en particular, de no haber sido debidamente informada de las consecuencias de los documentos que había firmado tras el nacimiento, invocando un estado de debilidad psicológica tras el parto, así como dificultades de comprensión de la lengua española.

solicitar la suspensión del proceso de puesta bajo tutela, cuando estaba acompañada por una trabajadora social en el momento de dar su consentimiento.

Algunos países han instaurado un plazo durante el cual los padres biológicos pueden revocar su consentimiento. A este respecto, existe una diversidad legislativa considerable entre los Estados miembros que han previsto tal posibilidad, permitiendo algunos países la revocación del consentimiento hasta el pronunciamiento de la adopción (*vgr.* Albania, Armenia, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Georgia, Irlanda, Lituania, Ex-República yugoslava de Macedonia, Moldavia, Rusia, Ucrania; en Polonia, los padres biológicos pueden revocar su decisión hasta que expire el plazo para recurrir el pronunciamiento de la adopción); otros hasta que se inicia el proceso de adopción (*vgr.* Bulgaria, España, Inglaterra); otros, incluso, prevén unos plazos determinados más o menos cortos (Francia, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Serbia, Montenegro, Suiza; por último, en algunos países (Alemania, Austria, Hungría -para la adopción "abierta"- y Malta), el consentimiento de los padres biológicos es irrevocable.

Los efectos de la revocación del consentimiento varían, también, según los Estados. Para países como Francia o Suiza en los que el consentimiento es revocable durante un plazo determinado, la revocación tiene efectos absolutos, en la medida en que pone fin al proceso de adopción y abre la posibilidad de restituir el hijo. Por el contrario, en los sistemas en los que la revocabilidad es posible hasta el pronunciamiento de la adopción, la revocación no pone fin automáticamente al proceso de adopción y corresponde a los tribunales resolver sobre la restitución, sobre la base del interés superior del hijo⁸²⁹.

En definitiva, en base a lo visto, no resulta habitual el hecho de que una vez constituida la adopción, esta pueda ser revocada fácilmente, si bien consideramos positivo el hecho de que el C.c. permita a los padres biológicos instar la revocación cuando se reúnan los requisitos que establece el art. 180.2 C.c., y reconozca, de este modo, su derecho, el cual, en cierto modo, revierte en los derechos del menor a su familia natural.

⁸²⁹ STEDH. de 10 de enero de 2008 (caso Kearns contra Francia) (TEDH 2008, 5).

5.3.- El procedimiento de revocación

Tradicionalmente, la doctrina venía encuadrando la acción de extinción de la adopción dentro de las categorías de la rescisión, la revocación o la resolución de los negocios jurídicos, dado el carácter contractualista que se atribuía a la institución. Sin embargo, tras la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que acentúa el carácter de acto procesal de la adopción, tales caracterizaciones resultan, hoy día, inadmisibles.

La FGE, en su Circular 1/2001, ap. VII, 5, sobre los procedimientos de revocación de la adopción, considera que el art. 779 LEC-2000 se limita a decir que la competencia en estos procesos corresponderá al Juzgado del domicilio del adoptante, es decir, del demandado, coincidiendo, de esta manera, con el fuero general establecido por el art. 50 del mismo Texto legal. No dice que se hayan de tramitar por las normas del proceso especial, ni menciona ninguna peculiaridad del procedimiento, por lo que no alcanza a comprenderse bien la inclusión de ese inciso en el art. 779 LEC, máxime si se tiene en cuenta que es mera reproducción literal del contenido de la regla 16º del art. 63 de la LEC-1881, que sigue aún en vigor. La única finalidad de la introducción de este inciso parece haber sido conservar la norma competencial de la LEC-1881 en caso de una eventual derogación de la misma cuando se produzca la entrada en vigor de la proyectada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (apartado 1.1ª de la Disp. Derog. única de la LEC), pero nada permite suponer, sin embargo, que se ha pretendido dar estos procesos la misma tramitación que a los procesos regulados expresamente en los arts. 780 y 781 LEC.

Por otra parte, según la FGE, si se hubiese querido que estos procesos se tramitasen por las reglas del proceso especial, así debería haberse indicado en la relación de procesos del art. 748 LEC. Ni siquiera a través de los números 4º ó 7º del citado precepto cabe incardinarlos en el ámbito del proceso especial. Por un lado, de ninguno de ambos procesos se puede decir que verse exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores (nº 4º del art. 748), ya que ambos pueden producir efectos patrimoniales al influir sobre los derechos hereditarios recíprocos (del adoptante en la herencia del adoptado en el caso del art. 179 C.c. del adoptado en la herencia del adoptante en el caso del art. 180 C.c.). Por otro lado, el objeto específico del proceso del

art. 180 C.c. puede ser ciertamente que los padres no hayan sido citados para prestar el asentimiento sin culpa suya, lo que podría tener quizás cabida en el nº 7º del art. 748, pero también puede serlo el que no hayan sido citados siquiera para el trámite de audiencia, lo cual excede la literalidad del citado precepto.

A juicio de la FGE, la conveniencia, en el caso del art. 179 C.c., de que se siga un procedimiento análogo al que se ha de seguir para la privación de la patria potestad (art. 170 C.c.), y, en ambos casos, la importancia de los efectos que la resolución recaída en estos procesos va a tener, en particular, sobre la persona del menor, aconsejan extremar las garantías procesales. Por lo tanto, no existiendo disposición expresa en contrario, conforme a la regla del art. 249.2 LEC, ambos procesos deberán seguirse, al igual que el juicio para privación de la patria potestad, por los trámites del juicio declarativo ordinario.

Actualmente, debe entenderse que la acción de extinción de la adopción *ex art. 180.2 C.c.* se encuadra entre las acciones de impugnación de la filiación reguladas en los arts. 136 a 141 C.c., si bien se trata de una acción de impugnación *sui generis*, puesto que, mientras que aquellas acciones tienden a destruir la apariencia de una paternidad o maternidad natural inexistente, la del art. 180.2 C.c. se dirige a extinguir una relación filial existente real y válidamente.

En relación con el procedimiento adecuado para sustanciar la pretensión de extinción de la adopción *ex art. 180 C.c.* cabe hacer las mismas observaciones que respecto del proceso a que se refiere el art. 179 C.c. Actualmente, tras la derogación de la LEC-1881, por la Disp. Derog. única de la LEC-2000, de modo transitorio y hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, la pretensión de extinción de la adopción se debe ventilar por los cauces del juicio verbal, pues así lo establece la propia Disp. Derog. única de la LEC (apdo. 1.1ª.IV).

En cualquier caso, lo que parece claro es que esta pretensión no se puede sustanciar por los cauces procesales del art. 753 LEC, ya que el art. 748 LEC es taxativo al establecer las materias que pueden ser objeto de dicho proceso, y, entre ellas, no se encuentra la pretensión del art. 180 C.c.

El desarrollo del proceso a que da lugar el ejercicio de la acción de extinción de la adopción *ex art. 180.2 C.c.* coincide sustancialmente con lo ya expuesto al tratar el

proceso del art. 179 C.c., pues, muy previsiblemente, ambos, en un futuro próximo, seguirán los cauces del juicio ordinario.

Entre las particularidades propias del proceso de extinción de la adopción, puede indicarse que la demanda con la que se inicia este proceso deberá ser interpuesta ante el JPI del domicilio del adoptante (arts. 779 LEC y 63.16 LEC- 1881), se redactará en la forma y con el contenido previstos en el art. 399 LEC y se acompañará de los documentos relacionados en los arts. 264 y 265 LEC. En ella se deberá hacer constar que se ejercita la acción de extinción del art. 180.2 C.c., las causas por las que el demandante no pudo intervenir en el expediente de constitución de la adopción y el tipo de intervención que le correspondía (asentimiento o simple audiencia), así como las razones por las que se estima que la extinción solicitada no perjudicará gravemente al adoptado. Y, en el suplico, se podrá pedir, no sólo la extinción de la adopción sino también la reintegración del adoptando a la familia del demandante, si antes estaba bajo la guarda de la Entidad pública. Además, por medio de otrosí, el actor podrá solicitar que, durante la sustanciación del procedimiento, se adopten las medidas de protección oportunas sobre la persona y los bienes del adoptado menor o incapaz, aunque tales medidas también pueden ser acordadas de oficio por el juez (art. 1832 LEC-1881).

Esta demanda debe ser interpuesta dentro de los dos años siguientes a la constitución de la adopción, pues transcurrido este plazo ya no se podrá pretender la extinción de la adopción (art. 180.2 C.c.).

Si el órgano jurisdiccional admite la demanda, se dará traslado de ella a la parte demandada y al Ministerio Fiscal para que la contesten en el plazo de veinte días, contestación que deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 405 LEC, y en ella se deberá tratar de desvirtuar las alegaciones del actor sobre la ausencia de culpa en su incomparecencia en el expediente de adopción, e incidir en que la extinción solicitada ocasionará graves perjuicios al menor.

Una vez contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes a la audiencia previa, la cual se celebrará en la forma y con el contenido ya expuesto al analizar el proceso del art. 179 C.c. Concluida esta audiencia, se abrirá la fase de juicio en la que se practicarán las pruebas que hayan sido propuestas por las partes y admitidas por el juez.

La actividad probatoria del demandante se dirigirá a convencer al juez de los hechos y circunstancias alegados en la demanda, especialmente, de que su incomparecencia en el expediente de adopción no fue por su culpa. Para ello será útil la aportación de documentos en los que conste que el lugar de residencia del actor durante la tramitación del expediente de adopción no era el que figuraba en la propuesta de adopción o el señalado por la Entidad pública a efectos de las citaciones, o traer al proceso a testigos que declaren sobre esta circunstancia.

Asimismo, el actor deberá convencer al Juez de que la extinción de la adopción no perjudicará gravemente al menor, pudiendo ser útil para ello una prueba pericial consistente en un examen psicológico del menor.

A su vez, la actividad probatoria del adoptante demandado se dirigirá a desvirtuar la desarrollada por el demandante, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios previstos legalmente, pudiendo ser también muy útiles el interrogatorio del actor, la prueba testifical, así como la prueba pericial y la audiencia del juez al menor para acreditar los perjuicios que la extinción de la adopción le ocasionaría.

Tras la exposición de las conclusiones por las partes, el juez dictará sentencia dentro de los veinte días siguientes a la terminación del juicio (art. 434.1 LEC). En ella, el juez acordará la extinción de la adopción si quedó suficientemente acreditado que la incomparecencia de los padres en el expediente de adopción no fue por culpa suya y que dicha extinción no perjudica gravemente al adoptado. En otro caso, deberá desestimar la demanda, manteniéndose la vigencia de la adopción.

Por último, en relación con los recursos que caben contra la sentencia definitiva y la posibilidad de terminación anticipada del proceso mediante un acto de disposición del mismo o de su objeto, es aplicable a este proceso lo que ya se vio al estudiar el proceso del art. 179 C.c.

Por lo que a la legitimación se refiere, según el art. 180.2 C.c., la extinción de la adopción la puede acordar el juez “*a petición del padre o de la madre*”. Esta referencia legal al “*padre*” y la “*madre*” ha sido interpretada por un amplio sector doctrinal en el sentido de que sólo están legitimados para instar la extinción de la adopción los padres biológicos del adoptando y no los padres adoptivos anteriores. Sin embargo, si el

fundamento de la exigencia de asentimiento de los padres a la adopción y de esta acción de extinción es evitar que los padres puedan perder, por sorpresa, a sus hijos cuando no concurra una causa que les sea imputable, parece que cuando se trate de adopciones sucesivas (en las que, al haber ya una adopción anterior, los padres biológicos ya no tienen la patria potestad sobre el hijo) los padres que deberán asentir a la nueva adopción o, en su caso, los que podrán instar la extinción de la nueva adopción serán los padres adoptivos anteriores, puesto que, en tales hipótesis, los padres biológicos ya no tendrán nada que decir sobre la nueva adopción porque todos sus vínculos jurídicos con el hijo ya habrán quedado extinguidos con la primera adopción válidamente constituida. Por ello, se debe entender que los sujetos legitimados para pedir la extinción de la adopción *ex art. 180.2 C.c.* serán los padres biológicos, si se trata de la primera adopción, o los padres adoptivos anteriores, si se trata de adopciones sucesivas.

Además, podrán ejercitar dicha acción ambos padres conjuntamente o sólo uno de ellos, dependiendo de que ninguno haya intervenido en el expediente o haya intervenido alguno de ellos.

En cambio, no están legitimados, en ningún caso, para pedir la extinción de la adopción el adoptante, ni el adoptado, ni los ascendientes por naturaleza o cualquier otro pariente del adoptado, ni el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la postulación, al no existir disposiciones especiales para este proceso, serán de aplicación las normas generales de los arts. 23 y 31 LEC-2000, lo que supone que es preceptiva la intervención de abogado y procurador en ambas partes, dado que las pretensiones que aquí se ventilan no tienen cabida en ninguna de las excepciones contempladas en tales preceptos ni en los apartados que continúan vigentes de los arts. 4 y 10 LEC-1881.

En cuanto a la legitimación pasiva en este proceso de extinción de la adopción, la ostentan, en principio, los adoptantes, debiendo ser también parte en dicho proceso el Ministerio Fiscal. Sin embargo, dados los efectos que para ellos se derivarán de la eventual extinción de la adopción, entendemos que la demanda también se deberá dirigir, en su caso, frente al padre o madre no demandante y frente al propio

adoptado⁸³⁰.

5.4.- La nulidad de la adopción

El C.c. no aborda la nulidad de la adopción. En la práctica, se pide al mismo tiempo la extinción y la nulidad. Pese a que se constata la diferencia entre nulidad y extinción en la STS. de 21 de septiembre de 1999⁸³¹, la cual califica como nulidad el supuesto en el que el asentimiento se arrancó a la madre antes del plazo establecido, al considerarlo viciado, al partirse de la naturaleza mixta del acto constitutivo de la adopción, no encontramos ante una cuestión compleja y escasamente estudiada⁸³².

Ante dicha cuestión, volvemos nuevamente al tratamiento procesal que hacen del asunto GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, quienes entienden que, teniendo en cuenta que la adopción tiene naturaleza procesal en cuanto se constituye mediante la resolución judicial que pone fin al expediente de constitución de la adopción, ello significa que el procedimiento para declarar su nulidad se deberá ajustar a lo dispuesto en los arts. 227 y 228 LEC para la nulidad de los actos judiciales. Estos preceptos contemplan diferentes mecanismos o vías para llegar a la declaración de nulidad del acto procesal, en nuestro caso del auto constitutivo de la adopción, dependiendo del momento procesal en que se plantee la cuestión.

Así, se pueden distinguir tres momentos:

1º.- Antes de que se dicte el Auto por el que se constituye la adopción. En tal supuesto no puede hablarse de nulidad de la adopción, porque todavía no se ha dictado la resolución constitutiva de la misma, pero sí se podrá declarar la nulidad de las actuaciones procesales conducentes a su constitución cuando adolezcan de defectos determinantes de dicha nulidad. Según el art. 227.1 LEC, esta nulidad se hará valer “*por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate*”, concretamente, a través del recurso de reposición (arts. 451 a 454 LEC). Asimismo, de

⁸³⁰ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección al menor*, cit. [TOL1.210.172].

⁸³¹ RJ 1999, 6944.

⁸³² IZQUIERDO TOLSADA/CUENA CASAS: *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, cit., págs. 623 y 624.

acuerdo con el art. 227.2 LEC, el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas en particular.

2º.- Desde que se dicta el Auto por el que se constituye la adopción hasta que éste adquiriera firmeza. En este caso, la nulidad o la anulabilidad de la adopción se podrá hacer valer por la parte interesada a través de los recursos previstos por la ley frente a dicha resolución (art. 227.1 LEC), consecuentemente, a través del recurso de apelación (art. 1826.3 LEC-1881); y, para el caso de que el tribunal *a quo* no acceda a tener por preparado este recurso, cabrá el recurso de queja.

Una cuestión discutida era si en este momento el juez que conocía del recurso (en el que no se había invocado el vicio determinante de la nulidad o de la anulabilidad) podía, de oficio o a instancia de parte, declarar la nulidad de las actuaciones y, con ello, de la adopción constituida. Las dudas obedecían a que el art. 240.2 LOPJ sólo contemplaba tal posibilidad *“antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso”*. A este respecto, la doctrina venía entendiendo que el límite para la declaración de nulidad de las actuaciones procesales era el de la firmeza de la resolución que pone fin al proceso, pues, tras ella, en principio, quedaban subsanados los posibles defectos procesales que pudieran existir. Por ello, se entendía que, si bien una vez dictada la resolución definitiva en la correspondiente instancia el juez que conoció de la misma ya no podía declarar la nulidad de las actuaciones por impedírselo la invariabilidad de las resoluciones judiciales (art. 214.1 LEC), el juez al que correspondía conocer de cada una de las instancias o recursos sí podía declarar de oficio o a petición de parte las nulidades que advirtiese, siempre que lo hiciese antes de dictar la resolución definitiva en dicha instancia o recurso.

Sin embargo, tal posibilidad queda limitada con el art. 227.2.II LEC (y con el nuevo art. 240.2.II LOPJ), a tenor del cual, *“en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”*. Es decir, el Tribunal que conoce de un recurso no puede declarar de oficio la nulidad de actuaciones por defectos cometidos en la fase anterior si

la parte recurrente no solicitó dicha declaración al interponer el recurso, de modo que parece que la resolución definitiva sana los vicios procesales de que adolece la instancia a la que pone fin. Esta regla sólo queda excepcionada, según el precepto apenas reproducido, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del recurso aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o padezca violencia o intimidación, en cuyo caso podrá decretar la nulidad de actuaciones aunque no haya sido solicitada por el recurrente.

3º.- Tras la firmeza del Auto constitutivo de la adopción. En este caso, GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA concluyen diciendo que la nulidad de la adopción sólo se podrá hacer valer a través del incidente excepcional de nulidad contemplado en el art. 228 LEC, y sólo cuando concurren los motivos y circunstancias que este precepto exige para su admisibilidad⁸³³.

⁸³³ GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA: *Aspectos procesales civiles de la protección al menor*, cit. [TOL1.210.172].

TEMA 7:
LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE LA
PROTECCIÓN DEL MENOR

SUMARIO

I.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN CALIDAD DE TUTORA *EX LEGE*

1.1.- El deber de velar por los hijos

1.2.- La delimitación de responsabilidades civiles

1.3.- La responsabilidad civil derivada de delito cometido por un menor tutelado

1.3.1.- La interpretación del art. 61 LORPM

1.3.2.- Dudas procesales acerca de la tramitación de la responsabilidad civil del menor infractor

II.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS POR SU ANORMAL FUNCIONAMIENTO

2.1.- La responsabilidad de la Administración pública en nuestro Ordenamiento

2.2.- El procedimiento de reclamación de responsabilidad

2.3.- La responsabilidad administrativa por daños a la familia biológica del menor. Daño moral, antijuridicidad y *quantum* indemnizatorio

----- O -----

Nota introductoria: Una vez finalizado nuestro recorrido por todas y cada una de las medidas protectoras del menor existentes en nuestro Ordenamiento jurídico, entendemos que resulta obligado hacer mención a la responsabilidad patrimonial a la que se ve sujeta la Administración pública en el desarrollo de su actividad tuitiva. Abordamos, de manera concisa, la responsabilidad subjetiva de la Entidad pública, desde una doble vertiente: por un lado, la responsabilidad civil, como tutora ex lege de un menor, frente a daños a terceros; por otro, la responsabilidad objetiva derivada del anormal funcionamiento de la Administración, como poder público, frente a los daños provocados a la familia biológica del menor.

I.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN CALIDAD DE TUTORA *EX LEGE*

1.1.- El deber de velar por los hijos

Como ya ha quedado expuesto a lo largo de nuestro trabajo, no puede hablarse del estatuto de los menores de edad en el Derecho público, y, dentro de él, del Derecho Administrativo, sin tomar previamente en consideración el tratamiento que el Derecho Civil, y más en concreto, el llamado Derecho de Familia hace de él.

Ello no es más que la consecuencia directa del establecimiento de la relación paterno-filial de la cual surgen una serie de deberes y facultades entre los que se incluye, explícitamente, el de velar por los hijos menores⁸³⁴, bien sea en el marco del ejercicio pleno de la patria potestad, en el que conforme al art. 154 C.c., aquél aparece junto a otras obligaciones como tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, bien por mantenimiento de este particular deber cuando la patria potestad ni siquiera se ostenta *ex art. 110 C.c.*, pues el art. 111 *in fine* C.c. se preocupa de recalcar que cuando la exclusión de aquélla se produce "*quedan siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos*".

Este deber de velar por los hijos se traduce en una obligación de protección que se proyecta tanto en extremar la diligencia, no sólo para evitar, en la medida de lo posible, todo daño o perjuicio que pueda sufrir el menor sino también, para impedir materialmente que el mismo cause algún perjuicio a un tercero como consecuencia de un acto o un comportamiento proveniente del mismo. En consecuencia, es justamente la obligación de tener a los hijos bajo su vigilancia y control la que constituirá el fundamento legal para que, en el momento que se produce un evento dañoso, pueda exigirse la responsabilidad en los términos que la misma aparece recogida en el art. 1903, pfo. 2 del C.c., de acuerdo con el cual "*los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda*". Una modalidad de

⁸³⁴ Para RIVERO FERNÁNDEZ: *Comentario del Código civil*, cit., pág. 434, velar por los hijos supone atender diligente y delicadamente a su persona, a su salud física y psíquica, su equilibrio afectivo; informarse (buscar, obtener información) acerca de sus pequeños o grandes problemas, sus amistades personales, estudios, vocación o aficiones (buenas o malas), respondiendo a todo ello en congruencia con sus necesidades; vigilar su educación moral o religiosa, cívica y demás, controlar cómo es el cuidado por la persona a cuya guarda está confiado.

responsabilidad directa que deriva de la culpa de quien ostenta la patria potestad, al omitirse el deber de vigilancia, y que está viva hasta que el menor accede a la mayoría de edad⁸³⁵.

La cuestión surge en el caso que los padres se ven privados de sus hijos por una resolución administrativa que decreta la situación de desamparo y se les suspende de la patria potestad, pasando a ejercer la tutela la Entidad pública.

1.2.- La delimitación de responsabilidades civiles

Pese a que, según dispone el art. 174 C.c., la vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda incumbe al Ministerio Fiscal, en su apdo. 3 que aquélla “*no eximirá a la Entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe*”.

Dicha responsabilidad tampoco cesa por el hecho de dar al menor en guarda o acogimiento o decretar su internamiento en un establecimiento⁸³⁶.

Sin embargo, la cuestión deviene compleja teniéndose en cuenta que, al asumir la tutela la Administración, los padres no pierden la titularidad de la patria potestad, sino que, simplemente, se les suspende del ejercicio de la misma. Habrá, por tanto, que delimitar cuáles son las responsabilidades que, en tales casos, se atribuyen a unos y a otros.

Dado que, en el ámbito personal, los padres o tutores resultan suspendidos de la patria potestad o tutela al haber la Administración asumido la guarda del menor, no puede considerarse a aquéllos responsables por los actos dañosos que éste cause *ex arts. 1902 y 1903 C.c.*, pues el segundo de los preceptos citados contempla la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos “*que se encuentren*

⁸³⁵ ARROYO YANES, Luis Miguel: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en relación con los menores de edad” en *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (CASARES MARCOS/QUINTANA LÓPEZ, coords.), 2013, www.tirantonline. TOL 3.706.298.

⁸³⁶ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 583.

bajo su guarda”, añadiendo que los tutores lo son “*de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía*”⁸³⁷.

A tenor de lo así dispuesto, padres y tutores, una vez apartados de las potestades de guarda de los menores, no son responsables de los actos ilícitos cometidos por los mismos, respondiendo, en cambio, en la faceta patrimonial, que no es asumida ni por la Administración, ni por los guardadores ni por los acogedores⁸³⁸.

Por consiguiente, la Administración responde por culpa *in vigilando* por los actos dañosos que, por acción u omisión, cause el tutelado, surgiendo en aquélla la obligación de repararlos.

Ahora bien, el problema surge en el supuesto de que se decrete el ejercicio de la guarda mediante acogimiento, de modo que la Entidad pública no tenga al menor en su compañía, pasando a la de los guardadores o acogedores. En relación a éstos, al tener al

⁸³⁷ STS. de 7 de enero de 1992 (RJ 1992,149) recoge en su FJ. 2º, el siguiente estudio sobre el art. 1903 C.c.: “*la responsabilidad declarada en el art. 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos «in potestate», con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia [SSTS 14-3-1978 (RJ 1978,815), 24-3-1979 (RJ 1979,919), 17-6-1980 (RJ 1980, 2409) y 10-3-1983 (RJ 1983,1469)], sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la STS 29-12-1962 (RJ 1962,5141), se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños [ver SSTS 22-1 y 7-2-1991 (RJ 1991,304 y RJ 1991,1151)], de manera que cuanto queda expuesto es de aplicación después de la reforma de 13 de Mayo de 1981. c)cuanto antecede es de por sí suficiente para que no pueda entenderse conculcado el principio de presunción de inocencia, aparte de que el art. 24.2 de la Constitución, establecedor de tal presunción, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 del CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente (en reparación de daños corporales o morales nunca puede existir igualdad) al que tenía antes de haberlo sufrido [ver SS 20-2-1989 (RJ 1989\1215) y 25-3-1991 (RJ 1991\2443)]”.*

Según la SAP. de Salamanca de 19 julio de 2013 (AC 2013,1552), que cita, a su vez, la STS. de 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 5272) “*la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos cometidos por sus hijos, establecida en el art. 1903 C.c., es una responsabilidad directa, y no subsidiaria, constituyéndose entre padres e hijos un vínculo de solidaridad que tiene su fundamento en la transgresión del deber de vigilancia que incumbe a los padres sobre sus hijos “in potestate”, con presunción de culpa de quien la ostenta*”.

⁸³⁸ SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 583 y 584.

menor en su compañía, ¿son responsables extracontractualmente por los hechos ajenos cometidos por el acogido? La cuestión no tiene fácil respuesta, pues ésta depende de la interpretación extensiva o restrictiva que se realice del art. 1903 C.c., que, al omitir la responsabilidad de guardadores y acogedores, se plantea si es posible asimilar dicha situación a la de los padres y tutores que tienen al menor *in potestate*.

Al respecto, hemos de señalar que, en orden a la determinación de la responsabilidad del Ente público, éste va a ostentar, en todo caso, la titularidad de la tutela administrativa o guarda del menor pese a delegar su ejercicio en otras personas. Además, ha de tenerse en cuenta que la Administración procede a una selección de los acogedores, razón por la cual podría imputársele responsabilidad por culpa *in eligendo*⁸³⁹, en cuyo caso se abriría la vía de responsabilidad a través del art. 144 de la LRJAPyPAC, cuyo estudio será abordado en el epígrafe siguiente.

Centrándonos en la responsabilidad dimanante de la guarda administrativa que conlleva la tutela *ex lege* y cuyo ejercicio es delegado en acogedores y el problema que sobre responsabilidad extracontractual se suscita en tales supuestos, debe destacarse que el art. 173.2, apdo. 3º, b) C.c., contempla la posibilidad de fijar en el documento de formalización del acogimiento un “*sistema de cobertura por parte de la Entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros*”.

La FGE, a raíz de la introducción por la LOPJM de la figura del acogimiento, dio respuesta a varias cuestiones, entre ellas, la relativa a la cobertura de los daños que pudiera provocar el menor acogido. Así, dedica la cláusula IV de la Consulta 8/1997, de 8 de octubre sobre “*algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar*” al “*sistema de cobertura de posibles responsabilidades civiles*”.

Según la FGE, ha de entenderse que el art. 173.2.3º, b) C.c., ni sirve para imponer una obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil para cubrir

⁸³⁹ Así lo apuntan, entre otros, SERRANO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 584 y NORIEGA RODRIGUEZ: *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el C.c. de Galicia*, cit. pág. 358. No obstante, en la pág. 362, a nota a pie de página, la autora recoge la opinión de LÓPEZ SÁNCHEZ, según la cual, los acogedores de los menores que se encuentren tutelados por la Administración no ha quedar exentos de responsabilidad en cualquier caso, pues su inclusión en el art. 1903 C.c. se podría producir por la aplicación extensiva del citado precepto, o bien por la similitud del acogimiento familiar con cualquiera de las figuras que se contienen en este art. 1903 C.c.

eventuales daños, ni tiene vocación de alterar el régimen de responsabilidad civil que se deduce de las normas generales del C.c. y del CP. Por ello, si la Entidad pública tiene suscrita una póliza de seguros para cubrir esas responsabilidades, habrá de hacerse constar, pero ello no significa que el acogimiento exija como requisito ni la existencia de esa póliza ni pactos particulares en orden a la cobertura de las responsabilidades civiles. Si no existe nada expresamente pactado en el documento, la remisión a la normativa general atraerá la aplicación de los correspondientes preceptos del C.c., esto es, sus arts. 1902 y ss.

En caso de tratarse de daños originados por el menor acogido, podrá responder la familia acogedora o la Entidad Pública, o ambas solidariamente según cada supuesto, sin que entienda necesario la FGE entrar en la discutida cuestión del título en virtud del cual respondería cada uno. Por tanto, basta poner de manifiesto que, aunque en la literalidad del art. 1903 del C.c. no encajan estos supuestos, la FGE entiende que la posible responsabilidad tanto de los acogedores como de la Entidad pública por los daños causados por el menor debe basarse tanto en una posible interpretación extensiva del art. 1903 C.c., como en el propio art. 1902 C.c.

Según la FGE, el desempeño de la guarda administrativa con las obligaciones que lleva consigo *ex art.* 173.1 C.c. respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que se impone a la Entidad pública fundamentan la doble responsabilidad, sin perjuicio de las matizaciones que deban hacerse, en cada caso, para llegar a una concreción definitiva de las personas que deben responder por los perjuicios causados por el menor.

En el caso que se produzcan daños causados al menor, igualmente el art. 1902 C.c. puede determinar en algunos casos la responsabilidad patrimonial tanto de los acogedores como de la misma Entidad pública cuya responsabilidad es expresamente recordada por el art. 174.3 C.c.

En definitiva, según la FGE, el art. 173.2.3º, b) C.c., no pretende diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil, sino, sencillamente, que se consignen en el documento de formalización del acogimiento quién y cómo ha de responder en caso que el menor provoque daños y, de este modo, reflejar en dicho documento los posibles mecanismos de cobertura mediante seguros o, en su caso, los hipotéticos acuerdos que sobre esta materia hayan fijado las partes. No se trata, por tanto, de señalar *a priori*

mediante pactos quién deberá responder civilmente, en tanto que esta cuestión debe decidirse en su momento, con arreglo a lo dispuesto en la normativa del C.c. en atención a las circunstancias del caso concreto.

De lo que se trata, en definitiva, es de constatar si existen o no seguros y, en su caso, los eventuales pactos o compromisos específicos para hacer frente a las hipotéticas responsabilidades pecuniarias, en virtud de los cuales una de las partes podría comprometerse a asumir el pago de todas las posibles responsabilidades que se contraigan como consecuencia de actuaciones del menor (a modo de una asunción de deuda futura), y que no tendrían eficacia más que *inter partes*, al carecer de aptitud para alterar el régimen legal frente a terceros.

Cabe también hacer constar en el documento de acogimiento el sistema de cobertura de las posibles responsabilidades civiles en relación con el menor con una remisión genérica al régimen legal, así como también no concertar nada al respecto.

1.3.- La responsabilidad civil derivada de delito cometido por un menor tutelado

En caso que un menor cometa una acción delictiva, la satisfacción de las consecuencias civiles del acto infractor, o, al menos, el reconocimiento del daño y la disculpa ante los perjudicados, son considerados como factores positivos no sólo de cara a la efectiva protección de las víctimas, sino también para la educación del menor, según contempla la LORPM.

La LORPM presta especial atención a la reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción penal cometida por el menor. Su Título VIII contiene la regulación de la responsabilidad civil, estableciéndose un procedimiento singular para el resarcimiento de daños y perjuicios, el cual presenta notables diferencias frente al sistema tradicional de ejercicio de la acción civil derivada de infracción penal, lo que suscita no pocas dificultades interpretativas.

El sistema instaurado por la LORPM, en sus arts. 61 a 64⁸⁴⁰, diseña un singular procedimiento civil que se tramita en pieza separada ante el Juez de Menores y que

⁸⁴⁰ Art. 61. Reglas generales.

resulta paralelo, y con una pretendida independencia, de la suerte del procedimiento penal y que, de otra parte, al no producir efectos de cosa juzgada material, no impedirá el ulterior proceso civil ordinario ante el JPI que, eventualmente, puedan instar los perjudicados para la reclamación de la responsabilidad civil.

“1. La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercerá por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados.

3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias”.

Art. 62. Extensión de la responsabilidad civil. “La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente”.

Art. 63. Responsabilidad civil de los aseguradores. “Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda”.

Art. 64. Reglas de procedimiento. “Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

- *Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.*
- *En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.*
- *El secretario judicial notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.*
- *Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.*
- *La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos”.*

En este procedimiento, que el Juez de Menores abrirá en cuanto el Fiscal le notifique el parte de incoación del expediente de menores (art. 16.4 LORPM) o la resolución de desistimiento de incoación (art. 18 LORPM), se dilucidará la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales cometidas por los sujetos a los que se les aplique el régimen de la LORPM⁸⁴¹. Más adelante volvemos sobre él.

1.3.1.- La interpretación del art. 61 LORPM

En los casos en que los menores tutelados por la Administración sean considerados penalmente responsables, la jurisprudencia reconoce a la Entidad pública responsable civil, haya o no delegado sus facultades tuitivas.

En el caso de la SAP. Santa Cruz de Tenerife de 2 de noviembre de 2009⁸⁴² un menor declarado en desamparo y tutelado por la Dirección General del Menor y la Familia del Gobierno de Canarias se encontraba en el interior del centro de protección de menores extranjeros DEAMENAC V sito en la calle Fray Cristóbal Oramas s/n de la localidad de Icod de los Vinos en donde convivía con otros cuando agredió sexualmente a un compañero. En el presente caso, según la citada Sentencia, no se discutió que la Dirección General de Protección del Menor y la Familia de la Comunidad Autónoma de Canarias tuviera la tutela del menor responsable, conservando facultades de supervisión y vigilancia, *“pues no se trata de una renuncia o desvinculación del menor cuando se da en acogimiento, sino de una delegación que favorezca el ejercicio de las funciones sin que implique una exención de toda responsabilidad sobre el menor. En consecuencia, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad superior de vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades debiendo responder de forma solidaria”*.

Como recoge el citado pronunciamiento canario, en su FJ 3º, ha de partirse, en primer lugar, de la decisión tomada por el legislador a la hora de configurar el sistema de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por menores de 18 años. La

⁸⁴¹ Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁸⁴² PROV 2010, 78554.

LORPM no se ha decantado por uno que descansa en la existencia de culpa como fundamento de la responsabilidad y que surgiría cuando se incumple el deber de control y vigilancia sobre el menor. Por el contrario, según continúa afirmando el Tribunal, la mayoría de la doctrina científica estima que la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por el menor de edad tiene naturaleza objetiva, de tal modo que, incluso probándose la diligencia debida por parte del responsable no descartaría su título de imputación, si bien aquélla puede tener relevancia en el *quantum* de su responsabilidad. Tal elección se funda en el estado de insolvencia que generalmente acompaña a los menores de edad y en primar, por ello, la idea de garantía de satisfacción del perjuicio causado a la víctima en cuanto se constate la existencia del daño y la relación de causalidad.

Tratándose de una responsabilidad civil objetiva, la misma también se configura como solidaria, por cuanto que junto con el menor responsable del delito responderán civilmente otras personas, las enumeradas en el art. 61.3 LORPM, que establece que *"cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos"*.

Conforme a la citada SAP. tinerfeña, una interpretación apriorística del art. 61.3 LORPM concluiría que el sistema de responsabilidad civil establecido es solidario, pero con un orden de prelación que cabría calificar de excluyente, lo cual da lugar a *una contradictio in terminis*.

No obstante, frente a tal interpretación formal o literal del precepto, entiende la AP. que cabe otra de naturaleza material, pues tratándose de una responsabilidad solidaria, con un orden de asunción de responsabilidades, lo relevante no sería tanto la prelación establecida cuanto las efectivas facultades que los diversos responsables tuvieran atribuidas y ejercidas sobre el menor en el momento de acaecer los hechos que determinen su responsabilidad. Siendo, pues, una responsabilidad objetiva, la misma vendría a fundamentarse en la vinculación de deberes de control y vigilancia que los padres, tutores o guardadores han de tener sobre los menores sujetos a su cargo en

función de la relación de filiación o de la protección jurídica del menor.

En el caso, que el menor penalmente responsable, se encuentre bajo tutela administrativa y bajo un acogimiento familiar permanente, tampoco se exime de responsabilidad civil a la Entidad tutelante en la SAP. de Valencia de 12 de julio de 2013⁸⁴³, donde la Abogacía General de la Generalitat sostiene, como motivo único de impugnación, la ausencia de responsabilidad civil solidaria de la misma, al hallarse el menor en acogimiento familiar permanente en la fecha de los hechos, alegando, en consecuencia, incorrecta interpretación del art. 61 LORPM.

Como recoge la sentencia, pretende la Administración eximir su responsabilidad civil pues *“la cuestión litigiosa se centra en determinar si el acogimiento familiar permanente, en la fecha de los hechos (7 de enero de 2011), determina la exclusión de responsabilidad civil de la Entidad pública, por mor de lo dispuesto en el art. 61 LORPM”*.

Entiende la SAP. de Valencia que el fundamento de la responsabilidad civil de los tutores reside *“en la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres y asimilados incumbe, en el desempeño de la patria potestad, y que comprende también los deberes de educación y formación integral del menor, en la tolerancia y respeto de los derechos individuales y propiedad de los demás, estimándose inadecuadas tanto las conductas de dejadez en la educación, como las actitudes de protección y de justificación a ultranza de la conducta del menor”*. Por ello, concluye la AP. valenciana, que, tras la declaración administrativa de desamparo donde se constituyó el acogimiento, se realiza por la Entidad pública la delegación de facultades que entraña el acogimiento familiar del menor, el cual se ejerce *“bajo la vigilancia de la Entidad pública”*, según llegó a acreditar el Abogado de la Administración, por tanto, entiende el Tribunal que resultaba clara la responsabilidad de la Generalitat en aplicación de lo dispuesto en el art. 61.3 LORPM, dado que mantiene su superiores facultades de vigilancia y cuidado. Así las cosas, consideró a la Administración responsable civil del delito cometido por el menor bajo su tutela y acogido por una familia.

A la misma conclusión se llegó en el caso de un menor acogido en un centro

⁸⁴³ ARP 2013, 1144.

residencial, en el cual, precisamente, ocurrieron los hechos delictivos, como recoge la SAP. de Las Palmas de 4 de julio de 2012⁸⁴⁴, según la cual “*la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias impugna el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se declara la responsabilidad civil solidaria de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias, en relación al menor Benigno, pretendiendo que se declare la responsabilidad civil solidaria de los padres de este menor, a cuyo efecto argumenta que, al tiempo de ocurrir los hechos, Benigno estaba sujeto a la patria potestad de aquéllos, ostentado la Administración pública su guarda al amparo del artículo 172.2 del Código Civil*”. El Tribunal considera que la tutela *ex lege* desplaza la responsabilidad de los padres hacia la Entidad tutelante, que, finalmente, es considerada responsable civil.

Y en la misma tónica se manifiesta la SAP. de Girona de 14 octubre de 2008⁸⁴⁵, al establecer que delegar la gestión de la tutela del menor a una tercera entidad privada no exime a la Administración de la responsabilidad que asume con el acogimiento del menor desamparado.

En definitiva, cabe concluir, que la Administración tutelante, al asumir las funciones tuitivas del menor (delegadas o no) de las cuales ha desposeído a los padres biológicos, asume también la responsabilidad civil, debiendo resarcir los daños que provoquen los menores sujetos a su tutela.

A nuestro modo de ver, ésta puede ser una de las razones que mueven a la Entidad pública a precipitar la constitución de la adopción para, de este modo, eximirse de la responsabilidad civil por los daños ocasionados por los menores tutelados y desplazarla hacia los padres adoptivos, lo que, a fin de cuentas, se traduce, sin duda, en un considerable “alivio económico” para la Administración⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ JUR 2012, 362544.

⁸⁴⁵ JUR 2010, 47930.

⁸⁴⁶ Al respecto, apunta MORENO-TORRES SÁNCHEZ: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, cit., pág. 139, que si bien se observa que estamos ante un Estado en principio muy garantista de derechos y con un sistema de responsabilidad objetiva muy amplio, si “continúa por la vía de la reclamación y el sistema falla en demasiados casos, habrá que cuestionar si se va a poder mantener este ritmo de pago de indemnizaciones millonarias por parte de las arcas públicas”.

1.3.2. Dudas procesales acerca de la tramitación de la responsabilidad civil del menor infractor

En cuanto al contenido de la responsabilidad civil se regirá por las reglas generales establecidas en los arts. 109 a 115 CP., completadas con la previsión del art. 61.3 LORPM respecto de la responsabilidad solidaria entre los menores de 18 años y sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden.

A tenor de lo dispuesto en el art. 61.2 LORPM, según la Circular de la FGE 1/2000, “*se tramitará una pieza de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados*”. Ello debe entenderse con independencia tanto del número de perjudicados como de partícipes en tal infracción penal. En consecuencia, en el proceso civil podrán existir varias partes activas (cuando varios hayan sido los perjudicados por tal hecho) y varias partes demandadas (cuando exista un sólo sujeto activo demandado junto con sus representantes legales o, incluso, cuando sean varios los autores del hecho delictivo).

Ante la posible existencia de un expediente principal seguido por la comisión de varios hechos delictivos conexos se suscita la cuestión acerca de si se incoan tantas piezas de responsabilidad civil como hechos o si se ha de incoar una sola pieza de responsabilidad civil. En favor de la primera solución parece pronunciarse el tenor literal del núm. 2º del art. 61 LORPM que se refiere a una pieza de responsabilidad civil “*por cada uno de los hechos imputados*”. No obstante, considera la FGE que esta solución no puede ser acogida, siendo posible efectuar una interpretación del art. 61.2 LORPM que supere la mera literalidad. Cuando se trate de hechos delictivos conexos varios argumentos militan en favor de la apertura de una única pieza civil comprensiva de la responsabilidad civil de todos los hechos delictivos.

La presencia de un único expediente penal justifica, asimismo, la existencia de un sólo procedimiento civil.

Basta pensar que muchas vicisitudes procesales del expediente principal afectarían por igual a los eventuales distintos procedimientos civiles que se abrieran. En la mayoría de las ocasiones, se estará ante un supuesto de acumulación de acciones de los arts. 71 y ss. LEC-2000, máxime cuando sea el Fiscal quien ejercite la acción civil contra los mismos demandados por los diferentes hechos. Además, a la solución de

único procedimiento se habría de llegar, en todo caso, en virtud de la institución de la acumulación de autos, en aplicación de lo dispuesto en el art. 76.2º LEC-2000⁸⁴⁷.

Al respecto, ha de destacarse que el art. 64 LORPM, hasta 2007, tuvo la siguiente redacción: “Reglas de procedimiento

Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1ª Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, procederá a abrir una pieza separada de responsabilidad civil, notificando a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2ª En la pieza de referencia podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3ª El Juez de Menores notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4ª Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores dictará auto acordando el inicio del procedimiento, en el que se señalarán las partes actoras y demandadas, según lo que se haya solicitado por los actores y se desprenda del expediente, y concederá un plazo de diez días a los demandantes para que presenten un escrito con sus pretensiones y propongan la prueba que consideren necesaria, incluida la confesión en juicio y la de testigos.

5ª Transcurrido dicho plazo, el Juez de Menores dará traslado del escrito a los demandados, quienes en un plazo de diez días deberán contestar a la demanda y proponer a su vez la prueba que consideren necesaria.

⁸⁴⁷ Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

6ª El Juez, inmediatamente que tenga en su poder los escritos de unos y de otros, convocará a los demandantes y a los demandados a una vista oral en la que aquéllos y éstos, por su orden, expondrán sus pretensiones y sus alegaciones sobre todo aquello que consideren relevante al objeto del proceso. En el mismo acto se admitirán las pruebas pertinentes y se practicarán las pruebas propuestas. No podrá rechazarse la confesión en juicio o la prueba testifical por el hecho de haber sido ya practicadas en el expediente principal.

7ª El Juez, de oficio, mandará unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevantes para su decisión.

8ª Una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recaída otra resolución definitiva, el Juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles, con el contenido indicado en el artículo 115 del vigente Código Penal.

9ª Contra la sentencia indicada en el apartado anterior cabrá recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, que se sustanciará por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda. Una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil.

10. La sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor.

11. En la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero, si fuere solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquél”.

En relación a dicha originaria redacción del citado precepto, observa SANTORALIA FERNÁNDEZ⁸⁴⁸ que, por parte del legislador, existe una toma de

⁸⁴⁸ SANTOLARIA FERNÁNDEZ, Jesús: “Consideraciones en torno a la pieza de responsabilidad civil. Consideraciones en torno a la pieza de responsabilidad civil en el procedimiento de menores (Ley

conciencia sobre los problemas derivados del ejercicio separado de las acciones, pero, en lugar de instar la reforma legislativa para volver al sistema tradicional, del que sin causa o razón aparente se ha separado la Ley del Menor, infringiendo, al hacerlo, los dogmas que lo inspiran, trata de lograr a toda costa (cosa imposible) que este ejercicio separado tenga las mismas consecuencias que las de su ejercicio conjunto.

De ello se ocupan las directrices relativas a hacer coincidir sucesivamente y sin solución de continuidad la audiencia penal y la vista oral civil, para evitar duplicidades, y a que las pruebas practicadas en la citada audiencia sirvan para la vía civil, si bien resultan artificiosas e ineficaces, puesto que la propia Circular es consciente de que la vista oral puede efectuarse antes de la audiencia, dado que la regla 6ª del art. 64 ordena al juez convocar a la vista civil, inmediatamente a tener en su poder los escritos de demanda y contestación. Y desde luego no cabe que las pruebas practicadas en la audiencia sirvan vía testimonio para la pieza civil, por ser uniforme la doctrina científica y jurisprudencial al considerar que sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción, oralidad y publicidad; sin que tampoco pueda ignorarse el hecho de encontrarnos ante diversos sistemas probatorios, con diferente objeto, y sometidos a principios distintos.

A juicio de SANTORALIA FERNÁNDEZ no estamos ante un caso de prejudicialidad siquiera sea mínima, sino ante una infracción cometida por la Ley del Menor al dogma de la prevalencia de la jurisdicción penal y la accesoriedad de la acción civil respecto de la criminal, de la que son muestra los arts. 111 LECrim., según el cual, las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero, mientras estuviese pendiente la acción penal, no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta por sentencia firme; y 114 LECrim., que establece que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndolo, si le hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), Tirant lo blanch, Valencia, 2002 www.tirantonline.com TOL163.239.

El dogma fundado en el principio "*le penal tient le civil en etat*" viene motivado por las mayores garantías ofrecidas por el proceso penal para el descubrimiento de la verdad objetiva y por la superior importancia de los intereses que en él se ventilan, ya que si bien la sentencia condenatoria no produce excepción de cosa juzgada en el proceso civil, sí, sin embargo, obliga al tribunal civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas e integrantes del tipo que se define y castiga; hay, pues, una vinculación entre los hechos materiales estimados probados en la sentencia y su imputación personal, con independencia de la libre valoración de esos hechos por el juez civil.

SANTORALIA FERNÁNDEZ concluye que no hay pues, causa o motivo aparente alguno para la existencia de dos procedimientos diferentes, con diversidad de sistemas probatorios y principios distintos, paradójicamente encaminados a la búsqueda de verdades opuestas: la verdad real o material en el penal y la verdad formal en el civil, cuando es indudable la prevalencia de la verdad material obtenida en el proceso penal⁸⁴⁹.

Dicho precepto recibió nueva redacción por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en los siguientes términos, resolviendo algunas de las dudas procesales suscitadas por su precedente tenor: Reglas de procedimiento.

“Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

- *Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.*
- *En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22*

⁸⁴⁹ SANTOLARIA FERNÁNDEZ: “Consideraciones en torno a la pieza de responsabilidad civil. Consideraciones en torno a la pieza de responsabilidad civil en el procedimiento de menores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), cit. www.tirantonline TOL163.239.

de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

- *El Secretario judicial notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.*
- *Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.*

La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos”.

En la actual versión del precepto podemos comprobar que, respecto a la anterior, se contempla abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, la cual se tramitará de forma simultánea con el proceso principal; ya no es el Juez de Menores sino el Secretario judicial quien ha de notificar al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles; que una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales y que la intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.

II.- LA REPOSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS POR SU ANORMAL FUNCIONAMIENTO

2.1.- La responsabilidad de la Administración pública en nuestro Ordenamiento

Es nota común a los Ordenamientos jurídicos modernos la previsión de que el Estado pueda responder, de manera objetiva, frente a los particulares por el mal funcionamiento de la Administración.

En el art. 9.3 CE puede leerse que la Constitución “*garantiza*”, entre otras cosas, la “*responsabilidad de los poderes públicos*”.

En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁵⁰, la responsabilidad de la que habla el art. 9.3 CE no se trata de la patrimonial sino de la política; este precepto constituye una alusión inequívoca al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben “*dar cuenta*” a éste de su gestión y “*responder*” de la objetividad de la misma. De este modo, la responsabilidad que se cita es la “*general de los gobernantes y titulares de cualquier poder público y se manifestará en múltiples aspectos: responsabilidad política, ante las Cámaras y ante los electores, responsabilidad criminal, responsabilidad contable, también, eventualmente, responsabilidad civil por los daños que los titulares de los oficios puedan causar al ejercitar éstos, responsabilidad moral por los aciertos y los desaciertos de la gestión*”.

Los argumentos esgrimidos para defender esta postura son varias: 1.º) el legislador español emplea una fórmula procedente del constitucionalismo primigenio del siglo XVIII inglés, francés y norteamericano, donde se desconocía por completo la responsabilidad civil del Estado, en un momento en el que la palabra responsabilidad ni siquiera se empleaba para hacer referencia a la obligación de reparar daños; 2.º) ese significado político del precepto es acorde con su ubicación, el Título preliminar del texto constitucional, donde se encuentran los grandes principios inspiradores del sistema; 3.º) la Constitución pretendía afirmar enfáticamente el principio democrático,

⁸⁵⁰ Citado por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, SANTAMARIA PASTOR (dir.), LA LEY, Madrid, 2010 [LA LEY 1098/2011].

frente a la situación inmediatamente anterior en la que el dictador era «responsable solo ante Dios y ante la Historia»; 4.º) dado que la elaboración del precepto no suscitó debate alguno, resulta difícil creer que el constituyente quisiera establecer aquí una novedad de tanto calado, sin precedentes en nuestro Derecho e insólita en el panorama constitucional comparado como la responsabilidad civil de todos los poderes públicos, incluido el legislador; la introducción de un principio tan novedoso y de tan largo alcance hubiese exigido una mención mucho más explícita, inequívoca y articulada para precisar sus límites; 5.º) la Constitución garantiza explícitamente el patrimonio de los ciudadanos frente a los poderes públicos, pero lo hace en su art. 33, que obliga a declarar inconstitucionales las leyes materialmente expropiatorias que excluyan la indemnización.

Por otro lado, DOMENECH PASCUAL⁸⁵¹ también alude a la posición intermedia que sostiene LEGUINA VILLA, para quien el art. 9.3 CE garantiza que “*no haya ningún poder público exento e inmune a los controles que la propia Constitución organiza, de suerte que, a través de tales controles y de los procedimientos legales prescritos al efecto, pueda exigirse aquella responsabilidad, política, penal, civil, administrativa, disciplinaria o contable que en cada caso proceda a los titulares de los cargos y funciones públicas y a los entes y órganos en que aquéllos se integren*”. Ahora bien, este precepto, como consecuencia de su “*alcance inespecífico e indeterminado*”, se considera “*insuficiente por sí solo para determinar en concreto la modalidad o el tipo de responsabilidad que haya de corresponder a cada poder público*”. El art. 9.3 CE no puede fundamentar directamente, sin ulterior desarrollo normativo, pretensiones de responsabilidad patrimonial, por los daños ocasionados por el legislador⁸⁵².

A nuestro entender, la teoría de GARCÍA DE ENTERRÍA se ajusta al caso en que los poderes públicos, responsables de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores (art. 39.2 CE, art. 3 LOPJM, art. 172.1 C.c.), desempeñen de forma irregular y defectuosa esta función que la legislación les atribuye, y, como consecuencia de ello, surja la obligación de responder ante los particulares reparando el daño causado.

⁸⁵¹ DOMÉNECH PASCUAL: *Op. cit.* [LA LEY 1098/2011].

⁸⁵² DOMÉNECH PASCUAL: *Íbidem*.

Si volvemos la vista atrás, hemos de señalar que la consagración del principio de responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro Ordenamiento jurídico ha tenido lugar a través de una evolución legislativa relativamente reciente, potenciada, fundamentalmente, por la labor doctrinal y jurisprudencial.

El Derecho español, al igual que otros Ordenamientos jurídicos, parte, originariamente, de una situación en la que contrasta la satisfactoria protección formal a través del cauce de la expropiación forzosa que se contiene en la Ley de 10 de enero de 1879, con la falta de garantías específicas frente a cualesquiera otras actuaciones de la Administración que produjesen daños a los particulares.

Por tanto, en aquella situación de fines del siglo XIX, podría afirmarse que la única normativa aplicable al respecto era la constituida por el C.c., cuyo art. 1902 consagra el sobradamente conocido principio general de que toda persona responde de los daños que “*por acción u omisión*” cause a otro “*interviniendo culpa o negligencia*”, sentando a continuación el artículo siguiente que esta responsabilidad “*es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*”, tras lo cual, en la redacción vigente hasta la reforma operada por Ley 1/1991, de 7 de enero en el art. 1903, se especificaba que “*el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior*”⁸⁵³.

Ahora bien, la realidad es que, en nuestro Ordenamiento, la construcción de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración por los daños originados en el patrimonio de los ciudadanos a consecuencia de la actividad de los poderes públicos, ha terminado siendo totalmente ajena a las pautas consagradas en el Derecho Civil fundamentada, en la culpa o negligencia y, en su caso, en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que, por lo demás, constituyen el origen de dicha responsabilidad aquiliana,

⁸⁵³ DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2004, considera acertada la supresión del párrafo quinto del art. 1903 por la Ley 1/1991, dado que dicho párrafo (regulador de la denominada responsabilidad civil del Estado) había dejado de tener vigencia efectiva, a causa de lo establecido en leyes administrativas dictadas en la segunda mitad de este siglo y también por virtud de la CE.

que trae causa de la vulneración del principio general *neminem laedere*, teniendo carácter objetivo.

Dicho alejamiento de la regulación de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración de la esfera civil es confirmado por normas posteriores, como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la JCA, la cual amplía el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, traspasándose a la misma todas las competencias para entender de la responsabilidad patrimonial de la Administración, excepto las derivadas de delito, al igual que la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, unifica el sistema de responsabilidad para las actuaciones en régimen de Derecho público o privado y elimina la mención de la responsabilidad civil del personal, derogando la Ley de 5 de abril de 1904 y el RD. de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

En cuanto a la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la Ley 30/1992 establece, según BELLO JANEIRO⁸⁵⁴, en términos similares a los contemplados en los antiguos arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y se trate de un daño que cumpla con los tres requisitos de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Destaca BELLO JANEIRO que las modalidades de la responsabilidad patrimonial administrativa de los funcionarios son más blandas que las de la civil, puesto que, en esta última, la condena a que se refiere la acción pareja de regreso del art. 1904 C.c. se produce cuando interviene “*culpa o negligencia*” (art. 1902 C.c.), bastando, pues, con cualquier grado de negligencia, mientras que la administrativa es más exigente y

⁸⁵⁴ BELLO JANEIRO, Domingo: “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm 37, 2006, Editorial La Ley. [LA LEY 517/2006].

favorable al funcionario, puesto que se exige la concurrencia de dolo o que la culpa o negligencia sea grave.

En resumen, al margen de esta cuestión de la acción de regreso, la realidad es que la regulación de la materia de responsabilidad extracontractual de la Administración ha evolucionado desde el principio de la irresponsabilidad del Estado propio de los postulados de la soberanía absoluta y, después, el de responsabilidad civil basado en la culpa o negligencia consagrado en el C.c. hasta culminar en el sistema actual de responsabilidad objetiva y directa absolutamente ajeno a la regulación de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903 C.c., que es el régimen jurídico de responsabilidad de la Administración más protector del administrado de nuestro entorno europeo⁸⁵⁵.

2.2.- El procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial

Como señala COBO OLVERA⁸⁵⁶, el art. 142 LRJA contempla una serie de aspectos generales en relación con el procedimiento de responsabilidad. El desarrollo ordenado o fases del mismo vienen regulados en el RD. 429/1993, de 26 de marzo, Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, norma reglamentaria a que hace referencia el apartado 3 del art. 142 de la Ley.

El primer tema del que habla el citado art. 142 hace referencia a la iniciación de los procedimientos. Los procedimientos pueden iniciarse, lógicamente, a instancia de persona interesada, pero también, y ésta es una novedad de la Ley 30/1992, de oficio por la propia Administración autora de la lesión y a quien correspondería, en su caso, afrontar la indemnización.

El procedimiento iniciado de oficio tiene, evidentemente, de cara al administrado un efecto inicialmente positivo, lo que ocurre es que, siendo realistas, entendemos que es utilizado por la Administración en contadas ocasiones, por no decir nunca. No va a

⁸⁵⁵ BELLO JANEIRO: *Íbidem*.

⁸⁵⁶ COBO OLVERA: *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, cit. [LA LEY 3315/2010].

ser fácil que la Administración reconozca sin más una posible responsabilidad e inicie todo un procedimiento para acreditar que efectivamente un supuesto dañoso es atribuible a ella.

No obstante, desde el punto de vista teórico, existe la posibilidad legal de iniciación de oficio, la cual ha llevado a decir a LEGUINA VILLA⁸⁵⁷ que es acertada, en cuanto que expresa la voluntad del legislador de no demorar la iniciación de los expedientes hasta que se formalice la oportuna reclamación por los interesados; y porque puede significar el reconocimiento inicial por la Administración de la apariencia de que existe un evento dañoso cuya autoría y responsabilidad podrá correr a su cargo.

En línea con la Ley, el art. 4 del RD. 429/1993 señala que “1. *El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados*”.

Este RD. desarrolla las dos formas de iniciar estos procedimientos.

En cuanto a la iniciación de oficio del procedimiento, su art. 5 dispone: “*Iniciación de oficio. 1. Cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial entienda que se han producido lesiones en los bienes y derechos de los particulares en los términos previstos en el art. 2 de este RD 429/1993 iniciará el procedimiento regulado en este Capítulo. 2. La iniciación de oficio del procedimiento se efectuará siempre por acuerdo del órgano competente, adoptado bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o por denuncia. La petición razonada de otros órganos para la iniciación de oficio del procedimiento deberá individualizar la lesión producida en una persona o grupo de personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, su evaluación económica si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo. 3. El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de siete días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del*

⁸⁵⁷ Autor citado por COBO OLVERA: *Op. cit.* [LA LEY 3315/2010].

mismo. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido”.

La iniciación de oficio no es, pues, una facultad de la Administración, sino, por el contrario, es de obligado cumplimiento, ya que tanto la Ley como el Reglamento utilizan la expresión “*iniciará*”, si bien dicha obligatoriedad queda, de inmediato, mermada o disminuida, cuando el Reglamento utiliza una expresión tan vaga como “*entienda*”. Es decir, que como señala el apartado 1 del art. 5 del RD. 429/1993, “*cuando el órgano competente [...] “entienda” que se han producido lesiones [...] iniciará el procedimiento*”.

El párrafo 2º del art. 5 del RD. 429/1993 se encarga de recordar que tanto es iniciar de oficio un procedimiento, cuando el órgano competente lo acuerda a su iniciativa, como cuando es a iniciativa de orden superior, petición razonada de otros órganos o, incluso, por denuncia. Ahora bien, cuando de otros órganos se trate (distintos al competente para instruir el procedimiento) que no sean superiores de éste, la petición razonada consistirá en acreditar los elementos objetivos de la responsabilidad: lesión producida a una persona o grupo de personas, el nexo causal, evaluación económica de los daños y el momento en que se produjo la lesión a efectos de la prescripción.

El procedimiento iniciado de oficio requiere, no obstante, que se dé traslado del mismo a los interesados para que aleguen lo que estimen conveniente y presenten las pruebas y documentos e información que consideren oportunos.

El párrafo 3º del art. 5 del RD. 429/1993 termina afirmando que el procedimiento se instruirá aunque los particulares lesionados no se personen en el plazo establecido; pero si no comparecen tampoco en el trámite de audiencia, se archivarán las actuaciones (art. 11.3 RD. 429/1993). LEGUINA VILLA⁸⁵⁸ parece defender este criterio al decir que la iniciación y tramitación de oficio debe cohonestarse con el respeto debido al principio dispositivo. Quiere decirse con ello que si los titulares del derecho a la indemnización, habiendo sido debidamente emplazados, no comparecen o manifiestan su voluntad de ser indemnizados ni alegan nada en favor de su derecho al resarcimiento, la Administración habrá de denegar la indemnización.

⁸⁵⁸ COBO OLVERA: *Íbidem*.

Cuando la iniciación del procedimiento se produce, en cambio, a instancia de parte, el art. 6 del RD. 429/1993 señala: *“Iniciación por reclamación del interesado. 1. Cuando el procedimiento se inicie a instancia del interesado, la reclamación se dirigirá al órgano competente y deberá ajustarse a lo previsto en el art. 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸⁵⁹. En las reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante. 2. Si se admite la reclamación por el órgano competente, el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites y se podrá acordar la acumulación de la reclamación a otro procedimiento con el que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Contra el acuerdo de acumulación no procede recurso alguno”*.

De este modo, el art. 6 del Reglamento contempla el contenido formal y material del escrito de reclamación por daños a instancia de parte interesada. Por cuanto más nos interesa, el contenido material de la solicitud, debe las lesiones producidas, la relación causal, la evaluación económica y la no prescripción del derecho, todo lo cual debe ir avalado por las pruebas que lo acrediten.

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (art. 7 RD. 426/1993) se realizarán por el órgano que tramite el procedimiento, de conformidad con el Capítulo III del Título VI de la LRJAPyPAC. Finalmente, el órgano encargado de resolver emitirá el correspondiente dictamen. En caso que no se haya emitido en 6 meses (art. 13 RD. 429/1993) o en 30 días en el caso del art. 17 RD. 429/1993, se entenderá que la resolución es contraria al interés del particular y, por consiguiente, a la indemnización.

⁸⁵⁹ Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones; Lugar y fecha; Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

El art. 142.6 LRJAPyPAC señala los medios de impugnación contra las resoluciones en materia de responsabilidad patrimonial. Al respecto, ha de señalarse que no procede recurso administrativo de alzada ya que dicho precepto especifica que los mencionados actos agotan la vía administrativa, de ahí que contra ellos proceda sólo la vía judicial contencioso-administrativa. Este agotamiento de la vía administrativa se refiere tanto a si el tipo de relación es pública como privada, en base al principio de unidad jurisdiccional y de régimen jurídico aplicable. Sí será posible interponer recurso de reposición, aunque con carácter potestativo⁸⁶⁰.

Ha de subrayarse que, entre los requisitos que se exigen para poder apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de alguna Administración Pública, el que más dificultades plantea es el concerniente a la antijuridicidad del daño, esto es, no es suficiente con que el ciudadano haya sufrido un perjuicio a consecuencia de una actuación administrativa, sino que también es necesario que el administrado no tenga la obligación de soportar el daño, dado que, según lo dispuesto por el art. 141.1 LRJAPyPAC “*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

La 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJAPyPAC, añadió a la redacción inicial del art. 141.1 la siguiente precisión: “*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”, precisión ésta que, pese a no indicarse explícitamente, va, sin duda, dirigida a la responsabilidad en el ámbito sanitario.

Por su parte, el art. 2.1 del RD. 429/1993 reitera que serán indemnizables las lesiones que los administrados sufran “*en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios*”.

⁸⁶⁰ COBO OLVERA: *Íbidem*.

públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

En definitiva, es necesario que la lesión sufrida sea antijurídica, es decir, que no exista una causa de justificación que legitime el perjuicio sufrido por el ciudadano⁸⁶¹.

2.3.- La responsabilidad administrativa por daños a la familia biológica del menor. Daño moral, antijuridicidad y *quantum* indemnizatorio

La indebida declaración de desamparo de un menor, con la consiguiente retirada de su familia biológica a la que se la priva injustificadamente de la compañía de aquél, da lugar a un daño efectivo, un daño moral. Se trata de un funcionamiento anormal de la Administración que la hace, por consiguiente, responsable del daño ocasionado.

Según TEJEDOR MUÑOZ⁸⁶², los daños morales son definidos por el profesor LASARTE como “*aquéllos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas —como la libertad, la salud, el honor, etc.—, extraños a la noción de patrimonio y que no repercuten de modo inmediato, sobre éste*”, añadiendo que “*la doctrina y la jurisprudencia tienden a admitir, desde hace ya largo tiempo, que todo daño, material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a la reparación*” desde que la primera, y famosa STS. de 6 de diciembre de 1912 declaró la susceptibilidad de reparación del daño moral. Dentro de los diversos aspectos que pueden integrar el daño moral, destaca el TS., que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico⁸⁶³.

⁸⁶¹ RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: “La antijuridicidad del daño como requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2010, Editorial LA LEY [LA LEY 1812/2010].

⁸⁶² TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: “Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración”, en *RCDI*, núm. 723, Enero 2011 (págs. 584 a 607) Id. vLex: VLEX-262287418; <http://vlex.com/vid/262287418>.

⁸⁶³ SSTs. de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995,4086), 19 de octubre de 1996 (RJ 1996,7508), 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999,7272), 14 de julio de 2006 (RJ 2006,6380) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3556).

Por su parte, la STS. de 25 de junio de 1984⁸⁶⁴ considera que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo extra patrimonial o de la personalidad, y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento causado (STS. de 31 de mayo de 1983⁸⁶⁵).

A modo de recordatorio, conviene precisar que la responsabilidad de la Administración exige los requisitos recogidos en la STS. (Sala 3ª) de 4 de enero de 1991⁸⁶⁶: *“Primero. La efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable. Segundo. Que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto administrativo legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión). Tercero. Que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso de tiempo que fija la Ley”*⁸⁶⁷.

Considerando que uno de los cometidos de la Administración es la protección de la infancia, cabe la posibilidad de que un particular le exija responsabilidad a la Entidad Pública ante los perjuicios ocasionados por un funcionamiento defectuoso en materia de protección de menores.

Así las cosas, lo primero es acreditar que la Administración ha procedido de forma censurable.

En estos casos, el parámetro que se utiliza para evaluar el correcto o incorrecto

⁸⁶⁴ RJ 1984, 1145.

⁸⁶⁵ RJ 1983, 2956.

⁸⁶⁶ RJ 1991, 5000. Además de las SSTS. de 15 y 18 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 8109 y 8115)); 19 de enero de 1987 (RJ 1987, 426); 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 5896) y 13 de marzo de 1989 (RJ 1989, 19); las cuales establecen también los mismos requisitos: *a)* Efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas. *b)* Que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal. *c)* Que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contrario al derecho (antijuridicidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva). *d)* Ausencia de fuerza mayor. *e)* Que no haya prescrito el derecho reclamar.

⁸⁶⁷ TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes. *Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración*, cit. (págs. 584 a 607). Id. vLex: VLEX-262287418; <http://vlex.com/vid/262287418>.

actuar de la Administración será siempre el interés superior del menor, el cual, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, ya es, de por sí, problemático.

Sin embargo, aun siendo el criterio del interés del menor el primordial a tener en cuenta, no es el único, pues, en la medida de lo posible, ha de ser compatibilizado con el derecho del menor a la familia natural y a no ser separado de la misma, reconociendo que siempre debe haber un margen de error disculpable, que al examinar la jurisprudencia del TEDH., se corresponde siempre con el margen de apreciación que cada Estado tiene del asunto.

Ahora bien, cada vez que un particular demanda a su país ante el TEDH. por haber injerido en su vida familiar (y contravenido el art. 8 del Convenio de Roma), lo que está denunciando es un mal funcionamiento de la Administración, y de tener éxito su demanda, obtendrá una justa satisfacción (conforme el art. 41 del Convenio de Roma)⁸⁶⁸.

En la STEDH. de 24 de febrero de 2009, caso Errico contra Italia⁸⁶⁹, el Tribunal considera que el dolor probado por el demandante ocasionó un daño moral cierto y considera que procede conceder al demandante 10.000 euros en concepto de daño moral (según el art. 41 del Convenio de Roma, “*si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa*”).

En este caso, como suele ser habitual⁸⁷⁰, se invoca el art. 8 del Convenio de Roma. El demandante se queja de que la medida de entrega a un centro de acogida le separó de su hija. Alega que las injerencias de las autoridades tuvieron como efecto perjudicar la relación entre los padres y su hija, poniendo en peligro su relación familiar. Denuncia, en concreto, el hecho de que las autoridades competentes decidieron entregar al menor sin las garantías previstas por el citado art. 8 y, principalmente, sin haber

⁸⁶⁸ SALANOVA VILLANUEVA: “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., pág. 1998.

⁸⁶⁹ TEDH 2009, 26.

⁸⁷⁰ Citamos, a modo de ejemplo, entre otras, las SSTEDH. de 10 mayo de 2001 (TEDH 2001, 331) caso T.P. y K.M. contra Reino Unido; de 17 diciembre de 2002 (TEDH 2002, 75) caso Venema y Venema-Huiting y de 9 mayo de 2003 (TEDH 2003, 24) caso Covezzi y Morselli.

interrogado previamente a sus padres. Señala, igualmente, que la decisión de separarle de su hija fue adoptada en ausencia del carácter de excepcionalidad y de urgencia exigido para dicho acto.

Garante de la calificación jurídica de los hechos del caso, el Tribunal considera apropiado examinar las quejas planteadas por el demandante únicamente bajo el ángulo del art. 8, que exige que el proceso de decisión que desemboca en las medidas de injerencia sea equitativo y respete como es debido los intereses protegidos por esta disposición.

El art. 8 del Convenio dispone en su parte aplicable en este caso que: «1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida (...) familiar (...).*

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 protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás».

Aunque el art. 8 tiende esencialmente a prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, pone a cargo del Estado obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Así, donde la existencia de un vínculo familiar ha sido probado, el Estado debe, en principio, actuar de manera que permita que dicho vínculo se desarrolle y adoptar las medidas propias para reunir al padre y al hijo en cuestión. La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado de acuerdo con el art. 8 no se presta a una definición precisa; los principios aplicables son, en cambio, comparables.

El art. 8 implica el derecho de un padre a medidas propias para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas. Sin embargo, esta obligación no es absoluta. Su naturaleza y su alcance dependen de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación del conjunto de personas afectadas constituyen siempre un factor importante. Suponiendo que el contacto con los padres amenace los intereses superiores del menor o vulnere sus derechos, las autoridades nacionales tendrán que velar por un equilibrio justo entre ellos. Los menores y otras personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado, bajo la forma de una

prevención eficaz protegiéndoles de injerencias graves en aspectos esenciales de su vida privada. Sin embargo, este mismo interés de la menor exige igualmente permitir que el vínculo familiar se desarrolle de nuevo, una vez que las medidas adoptadas ya sean necesarias⁸⁷¹ lo cual, al no ocurrir dio lugar a reconocer la actuación negligente de la Administración, provocando la necesidad de reparación del daño conforme el art. 41 del Convenio.

En estos casos, resulta fundamental acreditar la actuación antijurídica de la Administración en su intervención, puesto que en el supuesto de entenderse justificada y adecuada la actuación administrativa, no se apreciaría responsabilidad alguna de la Entidad pública.

En este sentido, la STS. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 28 de noviembre de 2012⁸⁷² consideró la inexistencia de responsabilidad administrativa al quedar acreditado que se decretó la tutela *ex lege* en el momento adecuado y además existían resoluciones judiciales en las que se ratificaba la situación inicial de desamparo, de modo que no existía el componente de antijuridicidad. Así en su FJ. 3º, el TS. manifiesta que *“efectivamente, nuestra Sala tiene dicho (Sentencia de 10 de octubre de 1997⁸⁷³) que ‘el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, ‘un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga’”*. Y continúa el TS. considerando que *“la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (STS 13 de enero de 2000)”*.

Por tanto, en el caso objeto del recurso, entiende el TS. que la propia conducta

⁸⁷¹ Vid. STEDH de 27 de noviembre de 1992 (TEDH 1992, 74), caso Olsson.

⁸⁷² RJ 2013, 461.

⁸⁷³ RJ 1997, 7437.

de los progenitores en el momento en que se adoptan las decisiones administrativas a las que se imputa la producción del daño (es decir, la declaración de desamparo), no alcanza un grado de seguridad suficiente para poder satisfacer las necesidades de un menor, y en base a ello la medida de protección más adecuada en aquel momento era el acogimiento preadoptivo.

Para el TS., precisamente, la incapacidad de los padres y los posibles riesgos derivados de esa situación para el menor, constituyen el fundamento y la justificación de la intervención administrativa y de la adopción de las medidas de protección en aras del superior interés del menor. Ello implica que el juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres ha podido llegar a ser otra por razón de una evolución personal favorable, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de dichas medidas tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en ese momento. Y desde esta perspectiva es indudable que los progenitores, hoy reclamantes de responsabilidad administrativa, tenían por razón de su propia situación, en modo alguno provocada por la Administración, el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente, y el riesgo, posteriormente concretado, de que dicha pérdida se convirtiera en definitiva, pues en modo alguno le es exigible a la Administración que mantenga al menor, por cuyo superior interés debe velar en todo momento, en situación de precariedad afectiva en los primeros años de su vida, sin proporcionarle una familia de acogida, a la espera de una posible evolución favorable de los progenitores que, al menos durante los dos primeros años desde el nacimiento, era completamente incierta. Lógicamente, al faltar el componente de antijuridicidad, necesario para la reparación del daño, la inicial actuación administrativa se consideró conforme a Derecho.

En segundo lugar, a juicio del TS., para abundar en la exclusión de la antijuridicidad resalta el hecho de la confirmación de las resoluciones administrativas por los Tribunales de Justicia.

Así, según el TS., no puede sostenerse que la actuación administrativa sea contraria a Derecho cuando tanto el JPI. como la AP. la habían confirmado en sendas sentencias, *“sin que las consideraciones contenidas en la dictada por la Audiencia*

alteren esta conclusión, no sólo por las razones ya expresadas sobre el momento al que debe venir referido el juicio sobre la antijuridicidad desde la perspectiva del deber de soportar, sino también porque la irreversibilidad de la situación que se denuncia en la sentencia de la Audiencia Provincial y su imposibilidad de adoptar una decisión de signo contrario cuatro años después (año 2004), sería consecuencia, en su caso, de una dilación no imputable a la Administración autonómica". De este modo, entiende el Tribunal, que al no ser predicable del daño sufrido por los reclamantes antijuridicidad alguna, faltaría uno de los requisitos imprescindibles para la existencia de la responsabilidad, por cuya razón no procede la reparación.

A nuestro entender, el TS. concluye que el daño que han padecido los padres al ser retirado el menor estaba justificado y era ajustado a Derecho, en tanto faltaba el componente de antijuridicidad en la actuación administrativa, y, por ello, no existía daño que reparar.

En este sentido, debemos destacar que resulta habitual que nuestros órganos judiciales tiendan a justificar la actuación administrativa, y, por consiguiente, no estimen las pretensiones indemnizatorias⁸⁷⁴.

Ahora bien, un caso especial representa el recogido en la STC. (Sala Segunda) de 21 de enero de 2008⁸⁷⁵, que recoge el supuesto en el que, mediante un procedimiento

⁸⁷⁴ A título de ejemplo, en ninguna de las siguientes sentencias recientes se ha estimado la indemnización, considerándose adecuado el proceder de la Administración en sus funciones protectoras de la infancia: STSJ. de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 7 noviembre de 2007 (JCA 2008, 195), STSJ. de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 12 de diciembre de 2012 (JUR 2013,196381), STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 31 de enero de 2014 (JUR 2014,101809) y STSJ. de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 2014 (JUR 2014,134741).

⁸⁷⁵ RTC 2008, 11.

Reproducimos, a continuación, dado el interés que, a nuestro entender, despiertan los hechos que originaron la demanda de amparo ante el TC. Lo hechos son los siguientes:

A).- En septiembre de 1996 los menores S. S. F. e I. S. F., nacidos los días 22 de febrero de 1991 y 13 de febrero de 1992, fueron ingresados en el Centro de Acogida de la Diputación Provincial de Sevilla, a instancia del Ministerio público, por hallarse en estado de abandono.

B).- Tras la remisión de las correspondientes diligencias policiales por parte de la Fiscalía de Menores a la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en Resolución de 12 de noviembre de 1996 se declaró el desamparo de los menores. Este desamparo fue ratificado por Resolución de 2 de junio de 1997, que acordó acogimiento provisional con familia sustitutoria al descartarse el acogimiento por parientes.

C).- Por Sentencia de 8 de septiembre de 1998 el JPI núm. 7 (familia) de Sevilla (autos acumulados 408-1997 y 878-1997) desestimó la oposición formulada a la declaración de desamparo y acordó constituir el acogimiento familiar preadoptivo.

D).- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación, tramitado con el núm. 3004-1999 ante la Sección Sexta de la AP. de Sevilla, en el cual se dictó Auto el 5 de junio de 2000, desestimatorio de la pretensión de los acogedores de ser tenidos por parte en el expediente, pronunciándose seguidamente Sentencia de fecha 12 de junio de 2000, por la que se estimó el recurso de apelación, cuyo fallo señala expresamente: *«Fallamos: estimamos el recurso de apelación interpuesto por Carmen F. F. frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, recaída en autos núm. 408-1997, promovidos por la recurrente citada, la que revocamos y dejamos sin efecto, y, en su lugar, y previa estimación de la oposición a la situación de desamparo declarada por la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales, declaramos la inexistencia de situación legal de desamparo, dejamos sin efecto el acogimiento preadoptivo realizado y ordenamos que los dos menores hijos de la recurrente sean devueltos y colocados bajo la guarda y custodia de la misma, recuperando así la patria potestad, lo que se llevará a cabo de inmediato. No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada».*

E).- Iniciados los trámites de ejecución de la Sentencia pronunciada en apelación, el 23 de octubre de 2000 se dictó Auto por el JPI núm. 7 (Familia) de Sevilla, en el cual se acordó una reinserción progresiva de los menores con la madre de cuya evolución debía informarse transcurridos tres meses; todo ello sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la Sentencia, pedida por los acogedores al formular recurso de amparo ante el TC contra el Auto de 5 de junio y la Sentencia de 12 de junio de 2002 por haberse denegado su personación el procedimiento. La STC. 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124), estimó el amparo solicitado y declaró la nulidad de la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la AP. de Sevilla, con retroacción de las actuaciones para que, personados los acogedores de los menores, se pronunciara nueva Sentencia por aquella.

F).- Con fecha 26 de diciembre de 2002 (PROV 2003, 147679) la Sección Sexta de la AP. de Sevilla dictó nueva Sentencia, revocatoria de la pronunciada por el JPI núm. 7 (Familia) de Sevilla el 8 de septiembre de 1998, en la cual se acordó que los menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, pero, al mismo tiempo, se declaró la imposibilidad de ejecución de lo acordado y se ordenó que se iniciara el expediente para la determinación de la indemnización sustitutoria (art. 18.2 LOPJ). Dice el fallo de esta Sentencia: *«Fallamos:*

1º Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por la procuradora Sra. Pulido Gómez frente al proveído de esta Sala de fecha 17 de julio del corriente.

2º Estimar el recurso de apelación deducido por la representación procesal de Carmen F. F. frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) núm. 7 de Sevilla de fecha 8 de septiembre de 1998 recaída en autos núm. 408-1997, la que revocamos y dejamos sin efecto.

3º Declaramos que no ha existido situación legal de desamparo respecto de sus hijos menores S. e I. S. F., por lo que dejamos sin efecto la declaración hecha al respecto, y denegamos asimismo el acogimiento preadoptivo interesado.

4º Acordamos que, en consecuencia, los menores referidos vuelvan a convivir con su indicada madre bajo cuya guarda y custodia quedarán.

5º Declaramos la imposibilidad de ejecución de lo aquí resuelto en el punto cuarto de este fallo.

6º Acordamos que por parte del Juzgado del que proceden estas actuaciones y al que corresponde su ejecución, se incoe incidente para la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la recurrente por la imposibilidad de la ejecución señalada.

7º No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada».

G).- Con fecha 19 de diciembre de 2003 se dedujo demanda de ejecución por doña Carmen F. F. reclamando la suma de 2.168.600 euros de indemnización por diversos conceptos. Tras su tramitación bajo el número de autos 67-2004 se dictó Sentencia por el JPI núm. 7 (Familia) de Sevilla, con fecha de 28 de marzo de 2005, que contiene el siguiente fallo: *«Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador don Rafael Quiroga Ruiz, en nombre y representación de Carmen F. F., promoviendo juicio incidental al objeto de que, al amparo de lo prevenido en el art. 18.2 LOPJ, se establezca indemnización sustitutoria conforme a lo ordenado por la Sentencia de 26 de diciembre de 2002 dictada por la Sección Sexta de la AP. de Sevilla, y en el que han sido parte el Ministerio Fiscal, la Junta de Andalucía, el Estado y los Sres. don Juan Sánchez Mancebo y doña Josefa Rivas Gómez, debo declarar y declaro:*

-Absolver al Estado de todo pronunciamiento condenatorio en este procedimiento.

civil, se declaró la imposibilidad de ejecución de la sentencia que establecía la entrega (para la guarda y custodia) a la madre biológica de unos menores tutelados por la Administración y bajo guarda en régimen de acogimiento. La madre biológica fue parte actora en el procedimiento sobre oposición a las declaraciones de desamparo y acogimiento de aquéllos. Y, finalmente, se ordenó la determinación de la indemnización sustitutoria acordada en razón de la señalada imposibilidad de la ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 18.2 LOPJ⁸⁷⁶.

Como recoge la citada STC., siendo el interés prevalente del menor el criterio rector que debe orientar la decisión sobre su régimen de guarda y custodia (el cual fue necesariamente valorado en el momento de adoptarse la correspondiente decisión judicial) es *“imposible desconocer lo que resulta evidente, y es que los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse*

-Condenar a la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienestar Social, Delegación Provincial de Sevilla, a que abone a Carmen F. F. la suma de setenta y dos mil seiscientos setenta euros (72.670 euros).

-Que el menor I. S. F. quede bajo la guarda y custodia del matrimonio constituido entre Juan S. M. y Josefa R. G., quienes compartirán el resto de las funciones derivadas del ejercicio de la patria potestad sobre el mismo, con doña Carmen F. F. No cabe en la actualidad, fijar ningún régimen de relación y contacto entre el menor I. y su madre y hermana.

Todo ello sin imponer las costas del procedimiento a ninguna de las partes litigantes».

H).- Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso el Ministerio público, respecto al tercero de los pronunciamientos del fallo, por cuanto entendía que el menor I. quedaba en una situación de indefensión, doña Carmen F. F., respecto a todos los pronunciamientos, y la Junta de Andalucía, exclusivamente respecto al segundo de los pronunciamientos, relativo a la indemnización impuesta *ex art.* 18.2 LOPJ, por considerar excesiva la cuantía.

I).- La Sección Sexta de la AP. de Sevilla optó por dividir la resolución de los recursos frente a la Sentencia, y en el mismo rollo de apelación núm. 5785-2005 procedió a dictar dos resoluciones:

De una parte, el Auto de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70), por el que se desestimó la pretensión revocatoria de la Junta de Andalucía y, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Carmen F. F., se fijó como importe de la indemnización que la Junta de Andalucía debía pagar a la referida recurrente la suma de un millón cuatrocientos mil euros.

De otra parte, el Auto de 19 de enero de 2006, por el que acordó mantener la situación de acogimiento familiar con carácter indefinido del menor I. S. F., bajo la vigilancia de la entidad pública de protección, así como establecer un régimen de visitas entre I., su madre biológica, doña Carmen F. F., y su hermana S. S. F., de forma progresiva.

J).- Por la representación de doña Carmen F. F. se solicitó aclaración y rectificación del Auto de 30 de diciembre de 2005, estimada por Auto de 14 de marzo de 2006 de la misma Sección Sexta de la Audiencia de Sevilla, en el cual se fijó el importe de la indemnización en 1.703.600 euros.

⁸⁷⁶ Art. 18.2 LOPJ: *“2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización”.*

inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan” (STC. de 19 de abril de 2004⁸⁷⁷, FJ. 2).

De este modo, de forma muy acertada, el TC., reconoce en el caso de autos que el interés de la madre se identifica con el interés del menor, puesto que ella, la progenitora, entiende más beneficioso para sus hijos que éstos pasen de nuevo bajo su guarda y custodia tutela, en tanto que ella se había rehabilitado, que acogidos en una familia ajena.

La propia STC. considera que resulta singular o complejo un fallo que, resolviendo sobre la situación de convivencia de los menores, disponga la reintegración de éstos bajo la guarda y custodia de la actora y la madre biológica de los niños, pero, atendiendo precisamente al propio interés de los menores, declara, a su vez, la imposibilidad de la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de su madre.

La declaración de imposibilidad de ejecución de la devolución de los menores a su madre condujo a la Sala sentenciadora (en concreto, la AP. de Sevilla), a ordenar la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la entonces recurrente por aplicación de lo previsto en el art. 18.2 LOPJ, es decir, procediéndose a efectuar una valoración económica del contenido del acuerdo inejecutable.

De este modo, se sitúa la cuestión en un plano sustancialmente patrimonial. Ahora bien, el problema estriba en cuantificar la indemnización, para lo que se deberá tener en cuenta: por un lado, la peculiaridad del objeto de ejecución que consiste en el restablecimiento del ejercicio de la patria potestad suspendida a causa de una situación de desamparo; y, por otro lado, según consta en la STC., concurre la ausencia de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores desligado de la consideración del interés prevalente del menor que debe ser ponderado en el momento

⁸⁷⁷ RTC 2004, 71.

en el que se decide sobre su situación de convivencia.

Todas estas circunstancias hacen que la determinación del contenido indemnizatorio en estas circunstancias resulte de una gran complejidad, al no existir una prescripción legal expresa al respecto. Por ello, corresponde al juzgador precisar, mediante el empleo de los pertinentes instrumentos hermenéuticos y de integración de normas, los conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el *quantum* indemnizatorio de la ejecución sustitutoria a la que se orientan efectivamente las resoluciones de ejecución impugnadas, es decir, la determinación del valor que entraña la imposibilidad de devolución (pérdida) de los hijos menores a su madre biológica. Y así, llegó a establecer la AP. de Sevilla una indemnización que superaba el millón de euros.

Como era de esperar, la Entidad pública recurrió al TC. En su queja, la Administración denunciaba ante el TC. que la motivación de la resolución de instancia era arbitraria, considerando que la indemnización no se ajustaba a Derecho porque la pretensión indemnizatoria de la actora (y madre biológica de los menores en acogida) consideraba conceptos y criterios indemnizatorios que vendrían a corresponder, según argumentaba la Entidad pública, a una deuda de responsabilidad que la Administración, en su caso, pudiese haber contraído por su defectuoso funcionamiento, en cuyo caso consideraba la Entidad que resulta legalmente incompetente la jurisdicción civil, por corresponder su exclusivo conocimiento a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

Ante esto, ni que decir tiene que el control del TC. sobre la motivación de las resoluciones impugnadas debe limitarse a comprobar si por su arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad, o ser resultado de un patente error de hecho, vulneran el derecho fundamental invocado, lo que al aparecer no ocurrió, puesto que el TC. entendió ajustada a Derecho la indemnización establecida.

Así estimó el TC. que *“no puede cuestionarse en este caso la competencia de la jurisdicción civil para ejecutar sus propios pronunciamientos, dictados en un procedimiento civil (como lo es el presente de desamparo y acogimiento de menores: art. 172.6 C.c. y arts. 753 y 779 y ss. LEC en el que la Administración recurrente era parte demandada, sometida a las resoluciones dictadas por los Jueces y Tribunales del*

orden civil; y, de otro lado, que la determinación del contenido indemnizable en cada caso, es decir, la valoración y ponderación de cuáles sean los conceptos que haya de comprender la indemnización sustitutoria por inejecutabilidad del fallo pronunciado por el Tribunal Civil, en un caso, o el contenido indemnizatorio que lleve aparejada la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por su defectuoso funcionamiento, si hubieran sido deducidas una y otra pretensión a través de los oportunos cauces procesales (como parece haber ocurrido en el supuesto examinado), de otro, es materia que compete discernir autónomamente en los correspondientes órdenes jurisdiccionales, en los cuales la Administración ejecutada y demandada contemporáneamente en concepto de responsable por un defectuoso funcionamiento de sus servicios puede, cuando así proceda, oponer en el procedimiento oportuno la efectiva compensación del daño que pudiera reclamársele por ambas pretensiones indemnizatorias independientes, disipándose de este modo el riesgo de duplicidad compensatoria”.

La Sentencia en estudio cuenta con el voto particular del Magistrado SALA SÁNCHEZ, el cual, partiendo de que esta resolución considera, en síntesis, que el hecho de que el órgano judicial decidiera fijar el *quantum* indemnizatorio atendiendo principalmente al sufrimiento soportado por la madre biológica por la privación ilegítima de sus dos hijos durante casi diez años es una gran decisión judicial razonablemente coherente con el significado y alcance del pronunciamiento a ejecutar, resalta la existencia de dos datos que considera definitivos al respecto: 1.- El que paralelamente a la tramitación del incidente de ejecución para la determinación de la indemnización sustitutoria considerada, la madre biológica hubiera interpuesto demanda contencioso-administrativa contra la Administración autonómica en reclamación precisamente de su responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por las declaraciones administrativas de desamparo y acogimiento preadoptivo de sus hijos, luego anuladas por la Sentencia civil a ejecutar. Y, concluyentemente, 2.- el que no pueda obtenerse nunca por vía de ejecución más de lo que podría haberse obtenido por la vía principal, esto es, de no haberse declarado la imposibilidad de ejecutar el pronunciamiento del fallo que ordenó devolver los menores a la guardia y custodia de su madre biológica, pues si la devolución de los menores ordenada judicialmente

hubiera podido ejecutarse, es incontrovertible que la madre biológica no habría obtenido entonces ninguna indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la indebida separación de sus hijos, entre otras razones, porque no consta tampoco que la actora formulara ninguna pretensión indemnizatoria por ese motivo en su demanda de oposición al desamparo. Ello significa que la reparación administrativa de tales daños no pudo nunca decidirse, so pena de ignorar el contenido y alcance del fallo a ejecutar, en la vía de ejecución por sustitución considerada, sino que debió seguir efectivamente su cauce habitual, como denunciaba la Administración demandante de amparo, es decir, el previsto en los arts. 139 y ss. LRJAPyPAC.

Nosotros compartimos absolutamente el argumento que contiene el Voto Particular. El procedimiento adecuado para solicitar la reparación del daño que provoca la actuación de la Administración es el previsto en la LRJAPyPAC. Además, ha de tenerse en cuenta que fue el transcurso del tiempo el hecho que impidió la ejecución, de lo cual no puede responsabilizarse exclusivamente a la Administración tutelante, puesto que hubo otros responsables, desde la Administración de Justicia (con la lentitud que la caracteriza), hasta el Fiscal, que tampoco se conformó con alguno de los pronunciamientos establecidos por el JPI, pasando por los acogedores, que ya habían recurrido en amparo al TC., lo que provocó la suspensión de la Sentencia. Por otro lado, ya se tramitaba una reclamación en vía administrativa, pero incomprensiblemente desde nuestro punto de vista, en la demanda de ejecución de sentencia, la madre también solicitaba una indemnización en base al daño provocado por la Administración.

A nuestro entender, al amparo del art. 18.2 LOPJ, no debería haber sido considerada única responsable de la inexecución a la Administración, de manera que el pago de la indemnización debería haberse distribuido proporcionalmente y de forma individualizada, entre cada uno de los responsables de las dilaciones que hicieron imposible devolver a los menores con su madre biológica o, al menos, declararse a todos ellos responsables solidarios del resarcimiento.

Definitivamente, como puede apreciarse, el paso del tiempo resulta un aliado muy perjudicial en el sistema de protección de menores⁸⁷⁸, y hemos de reconocer, que la

⁸⁷⁸ Como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO: “Menores en desamparo y padres sin amparo”, cit., pág. 111, “estando en juego el interés de un menor el transcurso del tiempo es vital”. En la misma línea,

Administración de Justicia tampoco contribuye a eludir semejante escollo, por su excesiva lentitud. Por esta razón, en determinados casos, la responsabilidad no puede ser exclusivamente imputable a la Entidad pública protectora, sino también a la propia Administración de Justicia.

Por último, hemos de referirnos al *quantum* indemnizatorio, es decir, a la fijación de la cuantía indemnizatoria.

Pues bien, para establecer la cuantía se ha de ponderar el conjunto de circunstancias que intervienen en el caso, sin que pueda acogerse la infracción administrativa al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, establecido por el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, si bien dicho sistema de valoración tiene valor orientativo, cuando el Tribunal lo estime conveniente.

La doctrina del TEDH. es coincidente: las indemnizaciones han de fijarse atendiendo a las circunstancias específicas del caso.

Recientemente, en la STEDH. de 18 de junio de 2013⁸⁷⁹, caso R.M.S. contra España, en el que se reconoce la infracción por parte de la Administración andaluza, se concluye que las autoridades españolas no han hecho los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer valer el derecho de la demandante a vivir con su hija, ignorando, así, su derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado por el art. 8 del Convenio de Roma y, aplicando el art. 41 del mismo texto, anteriormente reproducido, establece una indemnización de 30.000 euros en concepto de daños sufridos por la actuación administrativa.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS: “Comentario a la STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581)”, cit., incide en el perjuicio que ocasiona el paso del tiempo en estos procedimientos, y se recoge textualmente que los Tribunales “...deberían aplicar la máxima agilidad a la hora de ejecutar lo juzgado, por la nefasta repercusión del transcurso del tiempo en materia de menores”.

⁸⁷⁹ TEDH 2013, 60.

NOTAS CONCLUYENTES

I.- Tras haber culminado el presente estudio, a nuestro modesto entender, creemos que el actual sistema de protección de menores, introducido, en nuestro país, a raíz de la promulgación de la LOPJM, evidencia importantes fallos (por muy diferentes motivos), los cuales hemos intentando poner de manifiesto a lo largo de estas páginas. Es necesario (y muy urgente) mejorarlo, con el objetivo de llegar a integrar la protección moral y material del menor, sin sacrificar, en la medida de lo posible, su derecho a la familia natural.

La legitimación, por parte de la Ley 21/1987, a la Entidad pública para decidir y declarar la situación de desamparo en cada caso concreto, produciéndose *a posteriori* el control judicial, da lugar, en la práctica, a abusos que, desgraciadamente, no son infrecuentes, puesto que es habitual el hecho de que un asistente social proponga y el órgano administrativo acuerde una resolución que implica privar a los padres del hijo y viceversa, para ser confiado en acogida a una familia alternativa o ingresado en una institución pública, incluso, utilizándose la fuerza pública en caso de negativa por parte de los progenitores y sólo si éstos instan la oposición judicial el juez se manifestará al respecto, puesto que la Ley de 1987, le concede, únicamente, un mero papel revisor.

Dicha intervención del órgano judicial en relación a un desamparo previamente declarado (con las consecuencias que ello comporta) no guarda coherencia con el preceptivo pronunciamiento del Juez en caso de internamiento de menores e incapaces, además de contradecir lo dispuesto, entre otros, por el art. 158.3º C.c., según el cual, únicamente la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre menores en contra de la voluntad de sus padres o tutores, por el 170 C.c., que propugna la necesidad de sentencia judicial para privar de patria potestad a los padres de un menor, y por los arts. 248, 249, y 250 C.c. por lo que respecta al nombramiento y remoción de tutores.

Por todo ello, desde un punto de vista riguroso garantista (y, precisamente, en esta materia, han de procurarse las máximas garantías), resultaría conveniente que fuera la Entidad pública quien propusiera al Juez la declaración de desamparo, la cual debería ser decretada, en su caso, por la autoridad judicial. De este modo, la tutela *ex lege* o automática se equipararía a la tutela ordinaria, si bien, respecto a ésta, aquélla es

residual (además de provisional o transitoria), esto es, sólo para el caso en que resulte imposible el nombramiento de tutor, puesto que la atribución de la tutela a la Entidad pública no significa prescindir de toda la normativa de patria potestad y la tutela del C.c.

En virtud del art. 148.1.20ª CE, las distintas CCAA han ido dictando sus respectivas normativas sobre protección de menores como desarrollo o complemento de la Ley 21/1987. Desde nuestro punto de vista, la actividad normativa autonómica en esta materia ha dado como resultado una pluralidad de regulaciones, en ocasiones, laberínticas. Incluso, desde nuestra propia experiencia profesional, hemos podido comprobar cómo pequeñas diferencias existentes entre las distintas normas autonómicas han conducido a que padres de menores, que son objeto de la apertura de un expediente de protección del menor por parte de la Comunidad Autónoma en la que residen, inicien como consecuencia de ello, lo que podríamos llamar una especie de “*huída a Egipto*”, tratando de buscar la normativa de protección de menores más favorable, entendiendo por ello la que les permita dilatar en el tiempo, al máximo, la declaración de desamparo con la consiguiente tutela *ex lege* y, de este modo, evitar la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Para alcanzar su objetivo, recorren con uno o más menores (en algunos casos, se trata, incluso, de niños enfermos o con discapacidad) casi toda la geografía española, en condiciones poco recomendables, huyendo de una Comunidad a otra en busca de la legislación protectora más benevolente con sus circunstancias, poniendo, de este modo, en riesgo la integridad física de los menores.

Ante ello, nos surge la pregunta siguiente: en qué aspecto beneficia esta maraña normativa que hemos construido, en nuestro país, durante más de dos décadas, al interés del menor. Entendemos que el efecto positivo de esta compleja regulación normativa, en la práctica, no llega a apreciarse.

Sin embargo, sí nos mostramos conformes con la delegación en las distintas CCAA de la capacidad de denunciar situaciones de desprotección de menores, de adoptar medidas tuitivas, así como de controlar su correcta ejecución, puesto que todo ello exige actuaciones a realizar, de manera directa, en los núcleos familiares, de modo que la intervención administrativa ha de ser, necesariamente, muy cercana e individualizada. Ahora bien, a nuestro entender, ello debe responder siempre a un sistema normativo uniforme y homogéneo.

II.- En cuanto a la figura del desamparo, ésta no aparece claramente definida en nuestro sistema de protección de menores. Tampoco creemos que el Anteproyecto de Ley de Atención a la Infancia de abril de 2014 resuelva la cuestión, puesto que sigue sin delimitarla adecuadamente, además de detectar una tendencia errónea a identificarla con los delitos contra los derechos y deberes familiares.

El desamparo es una figura jurídica civil que provoca la tutela *ex lege*. Sin embargo, las penas que corresponden por la comisión de determinados delitos contra los menores y que conllevan la pena de inhabilitación de la patria potestad, no se deben a la situación de desamparo sino a la comisión de un delito, que es algo bien distinto. De hecho, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es impuesta por el Juez, no por la Entidad pública, y, a veces, dicha sanción ni siquiera implica que la Administración deba intervenir y asumir la tutela, puesto que la patria potestad es asumida por otro progenitor. El desamparo implica falta de asistencia o riesgo para la integridad física y /o psíquica del menor, si bien con ausencia absoluta de intencionalidad. Determinados comportamientos que se consideran “*desamparo*” en las legislaciones autonómicas, y ahora en el Anteproyecto, no lo son, sino delitos en los cuales el menor resulta ser la víctima. Sí podría considerarse desamparo, en cambio, la posibilidad del menor de convertirse en víctima potencial de un delito.

Así las cosas, echamos en falta un concepto claro y perfectamente delimitado de la situación de desamparo. A ello poco contribuye la casuística contenida en algunas normas autonómicas que confunde el desamparo con hechos delictivos tipificados en el CP. A nuestro modo de ver, bastaría con definir claramente, dentro del Derecho Civil, en qué consiste la mínima asistencia moral y material de un menor.

Esta confusión motivada por la indefinición del desamparo suele llevar a consecuencias de difícil solución. De hecho, en el caso que se acuerde, de forma cautelar, la tutela *ex lege* por parte del Juzgado de Instrucción ante la presunta comisión de un delito tipificado en el art. 226 CP., es habitual, en la práctica, que la Administración tutelante dicte una Resolución de desamparo, en base a los indicios penales, se la notifique a los padres y éstos inicien un procedimiento judicial de oposición conforme los art. 779 y 780 LEC-2000, lo que provoca una auténtica amalgama procesal, puesto que, al instarse la suspensión ante el Tribunal civil al

amparo del art. 40 LEC (prejudicialidad penal), puede no admitirse, pues queda sujeto al arbitrio del juzgador de instancia, en cuyo caso, culminan los procedimientos con dos sentencias, inicialmente compatibles.

La condena penal implica inhabilitación temporal del ejercicio de la patria potestad, que, según el art. 226. 2 CP., comprende una duración de cuatro a diez años. Por su parte, la sentencia civil que decreta el desamparo también suspende el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad. A primera vista, el problema surge una vez se cumple la condena y cambian las circunstancias, puesto que el art. 172.6 C.c., establece un plazo de dos años, desde la notificación del desamparo, para instar la revocación por el cambio de las circunstancias que la motivaron, y ateniéndonos al contenido del precepto legal, el mínimo de la condena de inhabilitación es de cuatro años. Pero el problema es aún mayor, cuando el procedimiento penal se prolonga durante más de dos años y, finalmente, termina con una sentencia absolutoria. Dado que los efectos de la sentencia penal no inciden en la jurisdicción civil, el desamparo no decae, al menos que el Fiscal o la Entidad pública insten la revocación si el menor no se encuentra integrado en otra familia (art. 172.8 C.c.), y, habiendo transcurrido más de dos años, los progenitores han visto caducar su derecho de instar la revocación. El menor, si ya se encuentra acogido por una familia, se ve privado, de por vida, de su familia natural en base a unos indicios que jamás resultaron debidamente acreditados. En definitiva, en estas situaciones, se vulnera el derecho de los padres biológicos a la tutela judicial efectiva y el del menor a la familia natural.

A la vista de ello, consideramos necesario estructurar adecuadamente la legislación (tanto sustantiva como procesal) de protección de menores, de tal forma que se establezcan claras delimitaciones que no impliquen vulneración de derechos, con una definición adecuada de la situación de desamparo, siempre teniendo presente la posibilidad de interferencias con figuras delictivas, y tratándose de armonizar la protección del menor, materia de Derecho civil, con la concurrencia de causas penales, que ha de ser tramitadas bajo dicha jurisdicción, y que afectan a las relaciones paterno-filiales.

El planteamiento que acabamos de exponer evidencia fallos en la actual regulación del desamparo, sin embargo, tampoco se vislumbra su subsanación a corto

plazo, si se tiene en cuenta el contenido del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia.

En definitiva, decretar un desamparo implica prestar asistencia, por parte de la Administración, de forma inmediata a un menor que la necesita en un concreto momento, de modo que la medida es necesariamente transitoria. Ello implica que, dado que todo menor tiene derecho a su familia natural, una vez superadas las circunstancias que dieron lugar a la intervención administrativa, el menor debe retornar a la familia biológica.

Otra cuestión a tener en cuenta, es la confusión entre “declaración de desamparo” propiamente dicha, y “declaración provisional de desamparo” o “desamparo de urgencia”, puesto que tanto en un caso como otro, se decreta la tutela *ex lege*.

En Andalucía, como hemos podido constatar en nuestro ejercicio profesional en este ámbito, se abusa de la aplicación del art. 32 del Decreto 42/2002, pues se se presenta como una vía que posibilita eludir el procedimiento establecido en los arts. 21 a 31 de la misma norma, si se tiene en cuenta que tanto en el art. 20 como en el 32 el fin es el mismo, puesto que se pretende la protección del menor mediante la asunción de la tutela administrativa, si bien en el art. 32, a diferencia de lo que ocurre en el art. 20, se utiliza un procedimiento que desatiende el interés de la familia biológica. Se trata de una decisión unilateral de la Administración en la que se desposee a los padres del ejercicio de la patria potestad y de la compañía de sus hijos (y a éstos se les desvincula de su familia natural), sin que la familia natural tenga derecho a la defensa en el momento previo al dictado de la resolución, pues, según el art. 33, el órgano competente podrá acordar la declaración provisional de desamparo inicialmente o en cualquier momento de desarrollo del procedimiento antes de su finalización y, además, el acuerdo será ejecutado de forma inmediata, sin perjuicio de su notificación a los sujetos relacionados en el apartado 1 del art. 29.1º. Una vez, asumida la tutela de los menores por la Administración de la Junta de Andalucía, la Entidad pública prosigue la instrucción del procedimiento conforme a lo establecido en los arts. 21 a 30, hasta que se dicte la resolución correspondiente, que dispondrá la ratificación, modificación o revocación del acuerdo que haya declarado como medida cautelar la situación de

desamparo provisional. Se trata, sin duda, de una cuestión compleja que causa indefensión a los progenitores y que el legislador parece no haber tenido en cuenta, pues en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia no encuentra respuesta alguna.

En cuanto a la previsión de los plazos para instar la revocación del desamparo, encontramos que entra en contradicción con el contenido de la Conclusión 6ª de la Circular FGE 1/2008, en la cual se recoge que el Fiscal ha de tener en cuenta que el plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres biológicos no tiene por qué ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente de los hijos. Considera la citada Circular que, en tales casos, será aconsejable que bien la Entidad pública, bien el Ministerio Fiscal promuevan la privación definitiva de la patria potestad conforme a las previsiones del art. 170 C.c.

A nuestro modo de ver, esta forma de actuar no es la correcta en los supuestos en los cuales los progenitores instan la oposición judicial a las medidas de protección y demuestran el interés por la devolución de la guarda. Creemos que debería respetarse, siempre que exista la más remota posibilidad de que los progenitores del menor puedan recuperar la tutela, el plazo establecido de dos años, incluso, cuando las posibilidades de recuperación sean escasas (diferente sería el caso de un niño huérfano y sin familia). Sin embargo, ninguna norma se pronuncia sobre dicha cuestión.

Esta ausencia de regulación legal, unida al contenido de la citada Circular de la FGE hacen posible la sucesión de resoluciones encaminadas a decretar medidas que precipiten, considerablemente, la adopción.

A nuestro modo de ver, cuando el menor se encuentre debidamente atendido bajo la tutela pública, no existe motivo suficiente para precipitar la formalización de la adopción, puesto que en un plazo de dos años, aun en el caso que los progenitores no se opongan a la resolución de desamparo, cabe la posibilidad de que las circunstancias que provocaron el desamparo desaparezcan o evolucionen de forma positiva, lo que facultaría a los progenitores a iniciar la acción de revocación, en cuyo caso, se evaluaría la situación y, dependiendo del resultado, se actuaría en consecuencia.

Sin embargo, aprovechar el vacío legal y no respetar el plazo al objeto de provocar una adopción de forma apresurada, no tiene sentido e implica una vulneración

del derecho del menor a la familia natural. Por otro lado, también debemos hacer constar que en la citada Circular 1/2008, la FGE no fundamenta, en modo alguno, a conclusión alcanzada, apoyándola, exclusivamente, en la necesidad de dotar a estos procedimientos de la mayor celeridad (recogido en la Conclusión 10ª), pero no en el beneficio directo hacia el menor, quien, al encontrarse sometido a tutela *ex lege*, ha de presuponerse que se encuentra debidamente atendido. Además, a todo ello debe añadirse que el plazo de dos años es un plazo muy escaso y no respetarlo implica una actuación que podría calificarse de irreflexiva e imprudente. Y, por último, hemos de señalar que, a nuestro entender, no resulta lógico cómo la FGE ha llegado a tal conclusión cuando la misma entra claramente en contradicción con la conclusión anterior, la 5ª de la misma Circular, según la cual “*en principio, en tanto ranscurra el plazo de dos años, no debieran adoptarse decisiones sobre el menor incompatibles con una posible reinserción en su familia biológica*”.

Nosotros encontramos una explicación que, tal vez, podría dar sentido, a esta inexplicable celeridad con la que la FGE recomienda actuar a la Administración.

Tras analizar detenidamente el art. 1903 C.c. y el art. 61 LORPM, consideramos que la Administración tutelante, al asumir las funciones tuitivas del menor (delegadas o no) de las cuales ha desposeído a los padres biológicos, asume también la responsabilidad civil, debiendo, en consecuencia, resarcir los daños que provoquen los menores sujetos a su tutela. A nuestro modo de ver, ésta podría ser una de las razones que mueven a la Entidad pública a precipitar la constitución de la adopción para, de este modo, eximirse de la responsabilidad civil por los daños ocasionados por los menores tutelados y desplazarla hacia los padres adoptivos, lo que, a fin de cuentas, se traduce, sin duda, en un considerable “alivio económico” para la Administración.

En el sistema de protección de menores diseñado por la Ley 21/1987, en el cual se otorgó a la adopción una función social, llegamos a la conclusión de que todas las medidas tuitivas van encaminadas a aquélla, lo que se logra a través de un sistema de acogimientos excluyentes en el cual, el instrumento de la idoneidad, hilo conductor de todo el procedimiento, permite la transformación de los tipos de acogimientos, que van pasando de unos en otros hasta terminar en la adopción. De este modo, se evalúa la idoneidad para el acogimiento, evaluación que se considera apta para la adopción. Sin

embargo, no puede olvidarse que el acogimiento sólo crea vínculos afectivos, en tanto que la adopción crea una nueva filiación equiparada a la biológica, diferencia fundamental que, en nuestra opinión, nos conduce a considerar que la declaración de idoneidad para un acogimiento permanente no debe coincidir obligatoriamente con la idoneidad para una adopción.

Visto todo lo anterior, nosotros entenderíamos adecuado enfocar los procesos de declaración de idoneidad centrando el estudio en la aplicación de los principios que, con carácter general, inspiran el proceso de selección de los solicitantes y que se recogen en el art. 1829-1881, conforme al cual “*se expresarán especialmente las condiciones, personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados*”, todo ello en interés del menor. En el caso de la adopción, dicha selección se ha de hacer respetando siempre el criterio biológico normalizado para, de este modo, intentar proporcionar al menor un núcleo lo más similar posible al que, desde el punto de vista biológico, le hubiera correspondido. De hecho, vemos absolutamente natural que se consideren idóneos adoptantes de raza distinta a la de los adoptados, puesto que ello es biológicamente posible. Sin embargo, no vemos conveniente considerar idóneos a una pareja heterosexual de adoptantes en el que la mujer tenga una diferencia de edad con el adoptado de sesenta años, puesto que ello queda fuera del canon biológico normalizado.

No creemos que ello implique un criterio discriminatorio por razón de la edad, puesto que, de entre los distintos intereses en juego que se presentan ante la figura jurídica de la adopción, el principio general que debe prevalecer es el interés del menor, y, siempre que sea posible, entendemos que, desde un punto de vista objetivo, en nada perjudica al menor reproducir las condiciones que la propia biología natural ofrece para crecer y formarse como adulto. Más bien al contrario, a nuestro entender, reproducir esas condiciones supondría un elemento muy importante para contribuir a lograr el objetivo que debe perseguir, que no ha de ser otro que alcanzar el éxito de la adopción. Por tanto, no se trata de asumir un criterio discriminatorio, en absoluto, sino una razón de idoneidad. Si equiparamos la filiación natural con la adopción, a nuestro modo de ver, será imprescindible que se equiparen las condiciones en las que se va a desarrollar la vida del menor, lo que incluiría el referente biológico.

En relación con lo anterior toca plantearse la adopción por parte de parejas homosexuales, cuestión aún no. A nuestro entender, creemos que en esta cuestión se han establecido normas que se han subjetivizado en exceso, lo que ha dado lugar a una cierta inseguridad jurídica.

Así las cosas, nos mostramos a favor de establecer unos criterios básicos sobre los cuales construir el instituto de la adopción. A nuestro entender, dicho modelo básico pasaría por encuadrar la filiación adoptiva siguiendo el modelo de la filiación biológica, no sólo en lo relativo a la adopción homosexual, sino también en la diferencia de edad entre los adoptantes y el adoptado, sobre todo en el caso de la madre adoptiva, ajustándose la diferencia de edad entre el menor a la edad fértil de la madre, pero también en el caso del padre adoptivo, siendo conveniente establecer una edad máxima para evitar que el menor, al llegar a la adolescencia, se vea obligado a ser cuidador del padre adoptivo.

El acogimiento permanente es perfectamente viable, en nuestra legislación, para el caso de una pareja homosexual. Sin embargo, la adopción tiene un componente de equiparación a la filiación biológica, en el que difícilmente encaja la homoparentalidad. En realidad, el problema estriba en que en la idoneidad no se hace una distinción efectiva entre la idoneidad para el acogimiento simple o permanente y la idoneidad para el acogimiento preadoptivo conducente a la adopción. Y ello, insistimos, es debido a que el nuestro es un sistema finalista tendente a terminar en la adopción. Sin embargo, nosotros consideramos que en el acogimiento no es preciso seguir un criterio biológico normalizado, puesto que no produce efectos en la filiación, de modo que supuestos que, a nuestro juicio, no son idóneos para adoptar, sí lo serían, en cambio, para llevar a cabo un acogimiento permanente. Por ello, incidimos en la necesidad de delimitar perfectamente, de un lado, los criterios para declarar idoneidad de los acogedores y, de otro, la de los adoptantes.

En cuanto a la adopción unipersonal, consideramos que es un medio de orfandad, entendiéndose que la adopción conjunta es la más idónea para el menor.

III.- El acogimiento se presenta como una importante figura de protección del menor que no implica ruptura absoluta con su familia de origen.

En nuestro trabajo, hemos creído interesante delimitar los efectos de la “*Kafala*” en nuestro país. La *Kafala* debe considerarse una especial medida de protección del menor que goza del reconocimiento de NNUU al encontrarse expresamente recogida en el art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño como una institución para la protección y desarrollo armonioso del niño con efectos jurídicos para el menor así como para la persona encargada de él. Sin embargo, en relación con el concepto occidental de protección puede resultar particular, al no poder encuadrarse dentro de nuestro sistema legal, puesto que no admite la posibilidad de crear vínculos de filiación en el futuro, aunque, sin embargo, puede resultar útil para acceder a la adopción *ex novo*, siempre y cuando beneficie al menor. A nuestro modo de ver, estos acogimientos nunca deberían pasar de acogimientos permanentes, dado que el negocio jurídico del que trae causa la “*Kafala*” prohíbe los cambios de filiación. Ese aspecto, así como las connotaciones religiosas, entendemos que deberían respetarse siempre, puesto forman parte de su particularidad como figura jurídica. Por lo demás, en todo lo que suponga equiparar efectos patrimoniales positivos de la adopción, dado que benefician al menor, lo consideramos perfectamente admisible y compatible con nuestro Ordenamiento, porque, en este sentido, sí se equipararían “*Kafala*” y adopción al ser ambas las figuras de máxima protección del menor, una en el mundo islámico y otra en occidente. Sin embargo, esta figura no es equiparable a la adopción, ni a nuestro acogimiento tal como lo regula nuestro Ordenamiento, dadas las connotaciones religiosas de la “*Kafala*”.

IV.- En el plano procesal, nos han resultado llamativas algunas circunstancias que ponen de manifiesto los desajustes normativos. A raíz de la reforma operada por la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, con la consiguiente modificación del art. 172 C.c. y los arts. 778 y 780 LEC-2000, se establecen diversos plazos de caducidad para instar la oposición a las resoluciones, sin que se haya coordinado el sistema normativo en general, lo que, en la práctica, ha provocado cierto caos. El legislador no tuvo en cuenta la posibilidad de que se dictaran sucesivamente resoluciones administrativas en materia de protección durante la tramitación de procedimientos judiciales. Este hecho ha provocado que se acumulen en el Juzgado tantos procedimientos de oposición como resoluciones se vayan dictando, pues como el plazo señalado en la LEC es de

caducidad, no cabe otra opción que iniciar el procedimiento en el plazo establecido para evitar la pérdida de la acción mediante los trámites establecidos.

En el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia se pretende resolver dicha situación procesal, al establecer en su articulado que todas las oposiciones se sigan en una misma causa procesal y se vayan acumulando (actualmente, se acumulan al amparo de los arts. 71 y ss. LEC). Sin embargo, ello no impide que se conforme un expediente, anárquico y farragoso, porque a estos procedimientos también se unen las propuestas de acogimiento que mediante Jurisdicción Voluntaria insta la Administración, a la que se oponen los padres y se vuelve contencioso. Debe tenerse en cuenta que a la resolución de acogimiento que los padres no han consentido y ha dado pie a la demanda de la Administración mediante el trámite de Jurisdicción Voluntaria, los padres también se oponen los padres mediante el procedimiento del arts. 779 y 780 LEC en el plazo de dos meses. Por tanto, la acumulación que propugna el Anteproyecto resulta insuficiente.

A nuestro modo de ver, el problema reside en el carácter de los plazos que introdujo la Ley 54/2007. Por ello, entendemos que la cuestión se clarificaría si los plazos que establece la LEC se consideraran de prescripción, de modo que se evitaría el colapso de procedimientos.

Además, sería muy aconsejable que al instarse la oposición al desamparo ante el Juzgado, ésta se tramitara con la máxima celeridad. En tanto no se obtenga una resolución judicial firme que resuelva el desamparo, creemos vital establecer normas que obliguen a la Entidad pública a adoptar medidas de protección que no impliquen una desvinculación radical del menor de su familia biológica.

Otro aspecto procesal importante a destacar, desde el punto de vista del procedimiento judicial, es la doctrina jurisprudencial sentada acerca de los cambios positivos que surjan en la familia biológica durante la tramitación de la causa. La interpretación que del art. 413 LEC (consagra el principio de perpetuación de la acción, disponiendo que no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes, o terceros, en el estado de las cosas o de las personas que hubieran dado origen a la demanda), hace nuestro TC es aplicada por el Tribunal Supremo, consagrando la llamada *exclusión de la preclusividad*, consistente en

excluir de estos procedimientos los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase procesal impide replantear lo ya decidido en esa fase.

Sin esta consideración, difícilmente podrían los tribunales entrar a valorar los cambios positivos de la familia biológica con la finalidad de que éstos fueran tenidos en cuenta dentro de un procedimiento de oposición a la medida de protección de menores, cuyo objeto era, y es, la revisión de una resolución administrativa y que, por otro lado, al someterse a la jurisdicción civil, tampoco salvaba el escollo revisor propio de la jurisdicción administrativa, por cuanto el art. 413 LEC que consagra el principio de la perpetuidad de la acción, impedía a los tribunales valorar esa evolución, que, dicho sea de paso, en raras ocasiones, permiten al menor volver con su familia de origen.

También resulta una cuestión práctica controvertida la legitimidad procesal de los acogedores del menor en los procedimientos que pretenden su devolución a la familia de origen. Desde nuestro punto de vista, debería distinguirse entre la simple audiencia y la legitimidad procesal. Entendemos que es admisible e, incluso, aconsejable que sean oídos los acogedores en dicho procedimiento. Ahora bien, a nuestro entender, no debe considerarse que tengan interés legítimo en la causa, salvo en el caso del acogimiento preadoptivo, puesto que, en las restantes modalidades de acogimiento, al no existir, en principio, la perspectiva de la adopción, los acogedores son un mero instrumento al servicio de la Administración.

V.- Pasando a la cuestión de los Menores Extranjeros No Acompañados, hemos comprobado que resulta muy confuso el papel del abogado en el caso de la repatriación del MENA. La intervención letrada derivada del art. 35 LE deberá tener siempre presente que el menor extranjero en situación de desamparo no puede ser expulsado, devuelto o retornado. Su salida de nuestro país sólo puede tener como motivo su reagrupación con su familia.

Con respecto a la decisión de la Administración General del Estado en la que se acuerde la reagrupación familiar del menor, la actuación del letrado se dirigirá a cerciorarse de que dicha decisión se ha adoptado siguiendo los trámites y requisitos que señala el art. 92 RE. Pero también debe tenerse siempre en cuenta por parte del letrado que intervenga ante una delegación o subdelegación del Gobierno defendiendo los

intereses de un menor que una de las principales novedades del citado Reglamento, concretamente, el apartado 4º del artículo antes citado, es la que hace referencia a que la repatriación al país de origen del menor solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Esta circunstancia debe servir para evitar resoluciones de repatriación dictadas de manera automática, al mismo tiempo que requiere para la oposición o no a la decisión administrativa en la que se decida sobre la repatriación del menor, que el letrado conozca previamente las condiciones que concurren en la familia del menor o, en su caso, sobre la situación en la que se encuentran los servicios de protección de menores del país de origen. La realidad es muy distinta: el letrado tiene serias dificultades para obtener dicha información, contando tan sólo con la negativa del menor a volver a su país de origen junto a su familia, deseando seguir en nuestro país bajo la tutela de la Administración. Ante la duda, el letrado se debe oponer a la resolución dictada por la Delegación del Gobierno que decreta su repatriación del menor por reagrupación familiar. Por tanto, tenemos que señalar la contradicción que, desde el punto de vista práctico, venimos encontrando en ello los profesionales de la abogacía.

Y es que la verdad es que el abogado del menor se encuentra inmerso en un mar de contradicciones. El letrado se ve defendiendo los derechos del menor frente al Fiscal, como el garante de los derechos del niño, pero, además, también lo defiende ante la Administración Pública encargada de su protección, que, en estos casos, suele decretar la reagrupación familiar sin tener en cuenta, que, en muchos casos, estos niños huyen de sus propia familias (más bien, las niñas son las que huyen de sus padres por haberle pactado los matrimonios, en ocasiones, con hombres de hasta cincuenta o sesenta años). Sin embargo, el Fiscal siempre apoya la repatriación, sin efectuar las oportunas comprobaciones, y es, entonces, cuando el abogado se convierte en el defensor del menor frente al verdadero garante del menor y a la Administración Pública encargada de proteger al mismo. Realmente, entendemos que dicha labor defensa del menor no compete a un abogado de oficio, sino a la Administración y al Fiscal, que antes de decretar la repatriación, han debido estudiar las concretas circunstancias individuales del menor y los motivos por los que huye de su país, dada

la posibilidad de que el objeto de dicha huida, en ocasiones, sea, precisamente, su propia familia.

VI.- Indudablemente, la protección de los menores integra toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos cuyo propósito consiste en prevenir y corregir situaciones de desprotección de los mismos, las cuales, dada su variedad, exigen toda una serie de respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias de cada caso concreto y que pueden clasificarse atendiendo al grado de la intervención administrativa en el ámbito familiar del menor. Estas medidas suponen el ejercicio de potestades administrativas que implican, desde luego, el dictado de los correspondientes actos administrativos, en los cuales se constata el supuesto de hecho que, legalmente, daría lugar a dicha intervención.

Pero los poderes públicos, además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones asistenciales y de protección de los menores, están obligados a asegurar a los padres u otros responsables de la tutela del menor que lleven a buen término sus deberes legales de tutela, de modo que, en caso en que se detecte que el menor es víctima de una falta de asistencia, deben intervenir, adoptando las medidas necesarias para que la situación cese.

Tal como se intenta demostrar a lo largo de nuestro estudio, el sistema actual presenta serias deficiencias. Sin embargo, también contiene algunos aciertos, como resulta el papel activo del que dota a la familia en todo el proceso de toma de decisiones. Por ello, creemos adecuado hacer una reflexión desde una perspectiva constructiva, la cual pasaría por resolver las carencias detectadas y tratar de optimizar el papel de la familia en el sistema de protección.

Desde nuestro punto de vista, muchos de los problemas actuales se solucionarían con un buen aprovechamiento de los recursos que pueden tener a su alcance las familias, siendo también fundamental la aplicación de políticas educativas adecuadas e, incluso, la puesta en marcha de talleres de orientación en gestión patrimonial y economía doméstica, así como terapias psicosociales que ayuden a cohesionar a los distintos miembros de las familias con el fin de evitar que surjan episodios de violencia intrafamiliar.

En definitiva, se trata de utilizar instrumentos de bajo coste que vayan encaminados a resolver las situaciones de posible riesgo y evitar la falta de atención a los menores. Existe un amplio abanico de posibilidades al alcance de la Administración que, a nuestro entender, no se explotan debidamente, simplemente, por falta de coordinación y que, en estos momentos, urge su puesta en marcha a fin de evitar que la situación general de la infancia se agrave. Y creemos que gran parte de la solución pasa por medidas de apoyo a la familia.

Es preciso reforzar la actuación preventiva de la Administración, decretar medidas tuitivas que no impliquen ruptura con la familia natural e intentar, en lo posible, la devolución del menor a su círculo familiar tras realizar un programa de colaboración efectiva entre la Administración y los progenitores destinado a la rehabilitación de éstos.

Por todo ello, consideramos que el acogimiento resulta una figura jurídica de máxima utilidad, en tanto que cumple la función protectora y, a la vez, es respetuosa con el derecho del menor a su familia natural, debiendo quedar la adopción como último recurso protector en casos extremos en los que se constate la imposibilidad absoluta de que el menor vuelva al núcleo de origen.

ANEXOS

I.- LEGISLATIVO

A) NORMAS INTERNACIONALES:

SOCIEDAD DE NACIONES:

- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924

NNUU:

- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 11 diciembre 1948
- Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959
- Convención de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Resolución 44/25)
- Convenio de NNUU sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, de 18 de diciembre de 1990
- Observaciones Finales a España, del Comité de los Derechos del Niño 24 de octubre de 1994. CRC/C/15/Add.28
- Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución 61/106 adoptada por la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006
- Resolución 64/142 de la Asamblea General de NNUU, de 18 de diciembre de 2009 que lleva por título “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/142
- La Resolución 66/141 “Derecho del Niño”, aprobada por la Asamblea General de NNUU el 19 de dic de 2011. A/RES/66/141
- La Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de Diciembre de 2011 que lleva por título “La Niña”. (A/RES/66/140)
- Resolución 68/136, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, sobre “Preparativos y celebración del 20º aniversario del Año Internacional de la Familia”
- La Asamblea General de NNUU, aprobó el 18 de diciembre de 2013, la Resolución A/RES/68/146, relativa a las niñas

UNIÓN EUROPEA:

- Convención Europea en materia de adopción de niños de 24 de abril de 1967 (no ratificada por España)
- Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros
- Directiva 89/552/CEE. El 3 de Octubre de 1989, el Consejo de Europa adoptó la sobre la Coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva

- Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999
- Carta Europea de los Derechos Fundamentales
- Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992
- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental
- Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007
- Convenio de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008
- Resolución Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la Situación de los Menores No Acompañados en la UE

CONFERENCIA DE LA HAYA:

- Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños

B) NORMAS ESTATALES:

- Ley de Beneficencia de 6 de febrero de 1822
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 26 de noviembre de 1924
- Real Decreto de 8 de septiembre de 1836
- Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849
- Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores
- Ley de 10 de enero de 1879, de expropiación forzosa
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881
- Código civil español de 1889
- Ley de 13 de mayo de 1900, reguladora del trabajo de mujeres y niños
- Ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad y vagancia de los menores de 16 años
- Ley de 12 de agosto de 1904 de protección a la infancia
- Reglamento de 24 de enero de 1908 que desarrollaba los preceptos de la Ley de protección de la infancia de 12 de agosto de 1904
- Ley de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños
- Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores
- Constitución Española de 1978

- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela
- Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción
- Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre
- R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley General de la Seguridad Social de 1994
- Ley 25/1994, de 12 de julio, en relación a la protección de los menores frente a la publicidad, la televenta y la programación
- Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, R.D. 429/1993, de 26 de marzo
- Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
- La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley 1/1996, de 10 enero
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil
- Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio
- La 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España
- Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
- Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Andalucía 2008, Decreto 67/2008, de 26 febrero
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional
- R.D. 557/2011, 20 de abril, que aprueba el Reglamento de Extranjería
- Ley 20/2011 del Registro Civil, de 21 de julio
- Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal
- Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de abril de 2014 y publicado el 28 de abril de 2014
- Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, 121/000112 Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria

C) NORMAS AUTONÓMICAS:

- Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de Extremadura
- Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias
- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de Madrid
- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias
- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía
- Ley de Acogida de Personas Mayores de Cataluña Ley 22/2000, de 29 diciembre
- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón
- Ley de Acogida Familiar para Personas Mayores de Cataluña Ley 11/2001, de 13 julio.
- Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León
- Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León
- Ley Foral de Acogimiento Familiar de Personas Mayores de Navarra 34/2002, de 10 diciembre
- Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco
- Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia de Navarra
- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja
- Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Islas Baleares
- Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña
- Ley 25/2010, de 29 de julio Cataluña del Libro II del CC Catalán, relativa a las personas y familia
- Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia
- Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia
- Ley de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. Ley 5/2014, de 9 octubre
- Decreto 42/2002, de 12 de febrero de 2002
- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, Junta de Andalucía
- Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores, de Andalucía
- Decreto 2/1997, de 7 de enero
- Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo
- Decreto 37/2004, de 1 de abril, Castilla León
- Decreto 54/2005, de 7 de julio Castilla León
- Decreto 40/2000, de 15 marzo. Aprueba el Reglamento de organización y

funcionamiento de los centros de atención a menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias

D) OTRAS NORMAS:

- Constitución italiana de 1948
- Constitución francesa de 1958
- Ley Fundamental de Bonn de 1949
- Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983 del Parlamento Italiano
- Ley marroquí Nº 15-01 de 13 de junio de 2002 promulgada por el Dahir 1-02-172
- Convenio de 30 de mayo 1997, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derechos de custodia y derecho de visita y devolución de menores

II.- JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH. de 8 julio de 1987 (TEDH 1987, 12)
STEDH. de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2)
STEDH. 28 de noviembre de 1988 (TEDH 1988, 24)
STEDH. de 25 de febrero de 1992 (TEDH 1992, 4)
STEDH. de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002, 10)
STEDH. de 22 abril 1992 (TEDH 1992, 49)
STEDH. de 23 de junio de 1993 (TEDH 1993, 27)
STEDH. de 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 35)
STEDH. de 24 de febrero de 1995 (TEDH 1995, 9)
STEDH. de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27)
STEDH. de 16 de noviembre de 1999 (TEDH 1999, 57)
STEDH. de 21 de diciembre de 1999 (TEDH 1999, 72)
STEDH. de 12 de junio de 2001 (TDEH 2001, 467)
STEDH. de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003, 8)
STEDH. de 9 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 24)
STEDH. de 10 de enero de 2008 (TEDH 2008, 5)
STEDH. de 24 de febrero de 2009 (TEDH 2009, 26)
STEDH. de 10 junio de 2010 (TEDH 2010, 79)
STEDH. de 24 de junio de 2010 (PROV 2010, 211641)
STEDH. de 30 de noviembre de 2010 (TEDH 2010, 112)
STEDH. de 24 mayo 2011 (TEDH 2011, 50)
Decisión del TEDH. de 3 de abril de 2012 (TEDH 2012, 31)
STEDH. de 18 de junio de 2013 (TEDH 2013, 60)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC. de 10 de diciembre de 1984 (RTC 1984, 120)
STC. de 5 de abril de 1990 (RCT 1990, 71)
STC. de 26 de septiembre de 1990 (RTC 1990, 143)
STC. de 18 de octubre de 1993 (RTC 1993, 298)
STC. de 25 de noviembre de 1996 (RTC 1996, 187)
STC. de 16 de junio de 1997 (RTC 1997, 114)
STC. de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000, 141)
STC. de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002, 124)
STC. de 14 de julio de 2003 (RTC 2003, 144)
STC. de 19 de abril de 2004 (RTC 2004, 71)
STC. de 13 de septiembre de 2004 (RTC 2004, 139)
STC. de 4 de abril de 2005 (RTC 2005, 75)
ATC. de 17 de septiembre de 2007 (RTC 2007, 372)

STC. de 21 de enero de 2008 (RTC 2008, 11)
STC. de 31 de enero de 2008 (RTC 2008, 183)
STC. de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008, 22)
STC. de 22 diciembre de 2008 (RTC 2008, 176)
STC. de 17 de octubre de 2012 (RTC 2012, 18)
STC. de 6 de noviembre de 2012 (TEDH 2002, 10)

TRIBUNAL SUPREMO⁸⁸⁰

STS. de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2956)
STS. de 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145)
STS. de 18 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1515)
STS. de 20 de abril de 1987 (RJ 1987, 2717)
STS. de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1117)
STS. de 12 noviembre 1988 (RJ 1988, 8442)
STS. de 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1764)
STS. (Sala 3^a) de 4 de enero de 1991 (RJ 1991, 5000)
STS. de 7 de enero de 1992 (RJ 1992,149)
STS. de 23 de marzo 1993 (RJ 1993, 2545)
STS. de 25 de junio de 1994 (RJ 1994, 6502)
STS. (Sala de lo Penal) de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7905)
SSTS. de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995,4086)
STS. de 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 5272)
STS. de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7507)
STS. de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996,7508)
STS. de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223)
ATS. (Sala de Conflictos de Competencia) de 9 de julio de 1997 (RJ 1998, 1571)
STS. de 18 de junio de 1998 (RJ 1988, 5063)
STS. de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6944)
STS. de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999,7272)
STS. de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2326)
STS. de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2982)
STS. (Sala de lo Penal) de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7932)
STS. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a) de 30 de enero de 2001 (RJ 2001, 1147)
STS. de 2 de julio de 2001 (RJ 2002, 1472)
STS. (Sala de lo Penal) de 6 de julio de 2001 (RJ 2001, 6367)
STS. de 2 octubre de 2003 (RJ 2003, 6400)
STS. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de enero de 2004 (RJ 2004, 857)
STS. de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5280)
STS. de 14 de julio de 2006 (RJ 2006,6380)
STS. de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3556)

⁸⁸⁰ Salvo que otra cosa se indique, de la Sala 1^a de lo Civil.

STS. (Sala de lo Penal) de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6987)
ATS. (Sala de lo Social) de 10 de febrero de 2009 (JUR 2009, 154016)
STS. de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581)
STS. de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2362)
STS. de 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3390)
STS. de 6 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4522)
STS. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 28 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 461)
STS. (Sala de lo Penal) de 2 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1641)
STS. de 5 febrero de 2013 (RJ 2013, 928)
STS. (Sala de lo Penal) de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 1641)
STS. de 6 de junio de 2014 (RJ 2014, 2844)
STS. de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4839)
STS. de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5183)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ. de Galicia de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996, 2093)
STSJ. de Andalucía de 25 de septiembre de 2000 (RJCA 2000, 1493)
ATSJ. de Asturias de 30 de enero de 2001 (RJCA 2001, 337)
STSJ. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 10 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 264584)
STSJ. de Madrid (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2008 (AS 2008, 959)
STSJ. del País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª), de 14 de febrero de 2008 (JUR 2008, 174126)
STSJ. de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009, 27362)
STSJ. de Aragón de 4 de enero de 2010 (RJ 2010, 2619)
STSJ. de Cataluña de 16 de abril de 2012 (RJ 2012, 11110)
STSJ. de Cataluña de 25 de julio de 2013 (RJ 2014, 142)
STSJ. de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 311461)
STSJ. de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 40405)
STSJ. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 17 de marzo de 2014 (JUR 2014, 124207)
TSJ. de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 28 de julio de 2014 (JUR 2014, 251648)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP. de Navarra de 2 de marzo 1993 (AC 1992, 372)

SAP. de Álava de 7 de julio de 1994 (AC 1994, 1198)
AAP. de Guipúzcoa de 24 de octubre de 1994 (AC 1994, 1849)
SAP. de Córdoba de 24 de marzo de 1995 (AC 1995, 402)
AAP. de Cuenca de 9 de mayo de 1995 (AC 1995, 1002)
AAP. de Cuenca de 24 de julio de 1995 (AC 1995, 1598)
SAP. de Badajoz de 11 de noviembre de 2005 (AC 2006, 99)
SAP. de Soria de 13 de marzo de 1996 (AC 1996, 520)
AAP. de Sevilla 25 de marzo 1996 (AC 1996, 519)
AAP. de Ávila de 29 de junio de 1996 (AC 1996, 1470)
AAP. de Madrid de 14 de enero de 1997 (AC 1997, 216)
AAP. de Jaén de 18 de marzo de 1997 (AC 1997, 472)
AAP. de Cantabria de 25 de mayo de 1997 (AC 1997, 903)
AAP. de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1427)
AAP. de Sevilla 1 de julio 1997 (AC 1997, 1532)
AAP. de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC 1997, 2277)
AAP. de Vizcaya de 22 de enero de 1998 (AC 1998, 4205)
SAP. de Girona de 28 de enero de 1998 (AC 1998, 33)
AAP. de Madrid de 12 de febrero de 1998 (AC 1998, 4973)
AAP. de Lleida de 18 de marzo de 1998 (AC 1998, 4015)
AAP. de Málaga de 22 de abril de 1998 (AC 1998, 4392)
SAP. de Asturias de 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6279)
AAP. de Valencia de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 6726)
AAP. de Zaragoza de 28 de septiembre de 1998 (AC 1998, 6575)
AAP. Lérida de 19 de marzo de 1999 (AC 1999, 7699)
SAP. de Jaén de 8 de mayo de 2000 (AC 2000, 2445)
AAP. de Sevilla de 8 de marzo de 2001 (AC 2002, 260)
SAP. de Granada de 9 de febrero de 2002 (AC 2002, 625)
SAP. de Jaén de 10 de marzo de 2002 (AC 2002, 166)
AAP. de Madrid de 23 de mayo 2002 (AC 2002, 1351)
AAP. de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002, 233517)
SAP. de Barcelona de 30 de diciembre 2002 (JUR 2003, 65238)
AAP. de Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003, 276104)
SAP. de Málaga de 3 diciembre de 2004 (JUR 2005, 147451)
SAP. de Málaga de 30 de diciembre de 2004 (PROV 2005, 150222)
SAP. de Málaga de 6 de mayo de 2005 (JUR 2006, 31545)
AAP. de Sevilla de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005, 265519)
AAP. de Castellón de 29 septiembre de 2005 (JUR 2005, 274584)
SAP. de Badajoz, de 11 de noviembre de 2005 (AC 2006, 99)
SAP. de Barcelona de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 84461)
SAP. de Murcia de 10 de enero de 2006 (JUR 2006, 168743)
SAP. de Zaragoza de 21 de enero de 2006 (JUR 2006, 135311)
SAP. de Sevilla de 8 de febrero de 2006 (JUR 2006, 199809)
SAP. de Cádiz de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006, 232420)
AAP. de Castellón de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006, 141398)
SAP. de Granada de 17 de marzo de 2006 (JUR 2006, 213224)
SAP. de Baleares de 11 de abril de 2006 (JUR 2006, 163577)

SAP. de Castellón de 18 de julio de 2006 (JUR 2006, 287522)
AAP. de Toledo de 10 de octubre de 2006 (AC 2006, 1835)
SAP. de Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156638)
SAP. de Sevilla de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 239369)
AAP. de Sevilla de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007, 272804)
AAP. de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997, 903)
SAP. de Murcia de 2 de julio de 2007 (JUR 2007, 308974)
SAP. de Alicante de 24 de julio de 2007 (JUR 2007, 336265)
SAP. de Asturias de 26 de junio de 2008 (JUR 2008, 337677)
SAP. de Alicante de 24 de julio de 2008 (JUR 2009, 5003)
SAP. de Girona de 14 octubre de 2008 (JUR 2010, 47930)
SAP. de Madrid de 13 de febrero de 2009 (JUR 2009, 238099)
SAP. de Cantabria de 21 de marzo de 2009 (JUR 2009, 281553)
AAP. de Asturias de 6 abril de 2009 (JUR 2009, 220485)
SAP. de León de 16 de abril de 2009 JUR (2009, 219456)
SAP. de Alicante de 21 abril de 2009 (JUR 2009, 304441)
SAP. de Madrid de 19 de junio de 2009 (JUR 2010, 22389)
SAP. de Barcelona de 27 de junio de 2009 (JUR 2009, 243398)
SAP. Santa Cruz de Tenerife de 2 de noviembre de 2009 (PROV 2010, 78554)
SAP. de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010, 178063)
SAP. de Palencia de 18 de junio de 2010 (JUR 2010, 266644)
SAP. de Cádiz de 20 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 72579)
SAP. de Sevilla de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 122651)
AAP. de Sevilla de 25 de enero de 2011 (JUR 2011, 335338)
AAP. de Barcelona de 27 de junio 2011 (AC 2011, 2030)
SAP. de Badajoz de 7 de julio de 2011 (JUR 2011, 319255)
SAP. de Barcelona de 18 de julio de 2011 (JUR 2011, 317326)
SAP. de Tarragona de 27 de enero de 2012 (JUR 2012, 142204)
SAP. de Madrid de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012, 106257)
SAP. de Las Palmas de 4 de julio de 2012 (JUR 2012, 362544)
SAP. de Badajoz de 3 octubre de 2012 (AC 2012, 1956)
AAP. de Castellón de 4 de octubre de 2012 (AC 2013, 558)
SAP. de Barcelona de 5 de octubre de 2012 (JUR 2013, 10142)
SAP. de Pontevedra de 5 de octubre de 2012 (JUR 2012, 370108)
AAP. de Madrid de 6 de noviembre de 2012 (AC 2012, 1617)
SAP. de Murcia de 15 de noviembre de 2012 (AC 2013, 134)
SAP. de Sevilla de 14 de enero de 2013 (JUR 2013, 205157)
SAP. de León de 22 de febrero de 2013 (JUR 2013, 121004)
SAP. de Huelva de 18 de abril de 2013 (JUR 2013, 231677)
SAP. de Cantabria de 31 de mayo de 2013 (JUR 2013, 353170)
SAP. de Valencia de 12 de julio de 2013 (ARP 2013, 1144)
SAP. de Salamanca de 19 julio de 2013 (AC 2013,1552)
SAP. de Álava de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 155543)
SAP. de Pontevedra de 15 octubre de 2013 (AC 2013, 1957)
SAP. de Álava de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 155543)
SAP. de Granada de 18 de octubre de 2013 (JUR 2014, 128739)

SAP. de Las Palmas de 26 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 3510)
SAP. de Asturias de 6 febrero de 2014 (JUR 2014, 69507)
SAP. de Vizcaya de 21 de marzo de 2014 (JUR 2014, 183556)
SAP. de Alicante de 22 de mayo de 2014 (AC 2014, 1407)
SAP. de Málaga de 30 de junio de 2014 (AC 2014, 1831)
SAP. de Granada de 26 de octubre de 2014 (JUR 2014, 125400)

JUZGADOS

S. del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º. 1 de Cuenca de 30 de abril de 2007 (JUR 2008, 111686)
Auto del JPI. núm. 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013 (AC 2013, 726)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

R. de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9314)
R. de 14 de mayo de 1992 (RJ 1992, 5251)
R. de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8022)
R. de 13 de octubre de 1995 (RJ 1995, 9985)
R. de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6185)
R. de 28 de junio de 1996 (RJ 1996, 6739)
R. de 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 3857)
R. de 13 de febrero de 2013 (JUR 2013, 326614)

III.- BIBLIOGRÁFICO⁸⁸¹

ALLNUEVA ANZAR, Laura: “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, en *Indret*, 2011, núm. 4, http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf.

ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: “La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores, tutela *ex lege*, guarda asistencial y acogimiento”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 41-78.

ARCAS RAMIREZ, Alba: “El problema de la Kafala en España: perversión de la institución y constitución *ex novo* de adopción”, en *Encuentros de Investigación Transfronteriza España-Marruecos*, Observatorio de Medio Ambiente Urbano (OMAU), Málaga, 2013, págs. 15-19.

ARCE FERNÁNDEZ, Irene: *El desamparo de menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2011.

ARCE Y FLOREZ VALDÉS, Joaquín: “El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados”, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, vol. 62, núm. 5, págs. 351-383.

ARCOS VIEIRA, M^a Luisa: “El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 2003, núm. 36, págs. 51-64.

ARMENTEROS LEÓN, Miguel: “La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería”, en *Diario La Ley*, núm. 7679, 2011 [LA LEY 13146/2011].

ARROYO YANES, Luis Miguel: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en relación con los menores de edad”, en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, (CASARES MARCOS/QUINTANA LÓPEZ, coords.), 2013, [www.tirantonline](http://www.tirantonline.com) [TOL 3.706.298].

BALLESTEROS DE LOS RIOS, María: “Comentario a la RDGRN de 22 de junio de 1996. Inscripción, al margen de la de nacimiento del menor, en el Registro Civil de la suspensión de la patria potestad, y consiguiente asunción de la tutela por parte de una Entidad pública de protección de menores. Naturaleza jurídica de esta tutela Su carácter no supletorio respecto de la tutela ordinaria Su carácter provisional La suspensión de la patria potestad, no requiere intervención judicial y afecta al ejercicio de la patria potestad pero no a su titularidad”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 1996, núm. 42, págs. 1167-1182.

⁸⁸¹ A continuación se relaciona toda la bibliografía que ha sido consultada para elaborar el presente Trabajo de investigación, la cual no siempre ha sido citada a pie de página.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: *El desamparo y la tutela automática de las Entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: “Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 2001. La situación de desamparo. La tutela automática de las Entidades Públicas. El acogimiento de menores”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, núm. 59, págs. 693-704.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: “Comentario a la Sentencia de 31 de julio de 2009: impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de un menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2010, núm. 84, págs. 1429-1459.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: “La subversión constitucional del acogimiento de menores”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, núm. 17 [BIB 2002/2169].

BELLO JANEIRO, Domingo: “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Práctica de Derecho de Daños*, 2006, núm. 37, La Ley [LA LEY 517/2006].

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

BENITO ALONSO, Francisco: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, en *Diario La Ley*, 1997 [LA LEY 11848/2001].

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: “La inmigración irregular de menores y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010, núm. 3 [BIB 2010\1096].

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013 (4ª ed.).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BRAVO RODRÍGUEZ, Rosa M^a: “Los menores no acompañados en España”, en *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes* (BARRANCO VELA/ DURÁN RUIZ, coords.), Comares, Granada, 2009.

CABEDO MALLOL, Vicente: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuestiones de fondo”, en *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, Madrid, 2008 [LA LEY 14582/2010].

CABEDO MALLOL, Vicente/CLOQUELL LOZANO Alexis/VAZQUEZ MURILLO, Pepa: *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las CCAA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, www.tirantonline.com [TOL2.664.482].

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, en *Actualidad civil*, 2014, núm. 3.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: “La difícil neutralidad del Estado español ante el fenómeno internacional religioso”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, págs. 223-248.

CASAS PLANES, M^a Dolores: “El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, portant réforme de la protection de l'enfance. Propuestas de cambio)”, en *RCDI*, 2014, núm. 744, págs. 1781-1833.

CASTÁN VÁZQUEZ, José M^a: *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

COBO OLVERA, Tomás: *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008 [LA LEY 3262/2010].

CORRAL GARCÍA, Eduardo: “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, núm. 11 [BIB 2003\1118].

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo: *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

DE LA HAZA, Pilar: “Notas sobre el ‘affidamento’ familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, núm. 6, págs. 959-1007.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. Isabel: “Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica (1)”, en *RCDI*, 2010, núm. 717, págs. 297-311.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. Isabel: “Tutela automática de los menores e incapaces desamparados por Entidad pública y doctrina jurisprudencial”, en *RCDI*, 2011, núm. 727, págs. 2773-2790.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. Isabel: “Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos”, en *RCDI*, 2012, núm. 733, págs. 2773-2784.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. Isabel: “La idoneidad de los adoptantes”, en *RCDI*, 2013, núm. 736, págs. 1051-1065.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles: “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Cuadernos de Derecho Local*, 2004, núm. 4, págs. 102-137.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.

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

DE PALMA DEL TESO, Ángeles: “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, en *El marco jurídico de los servicios sociales en España: realidad actual y perspectivas de futuro* (EZQUERRA HUERVA, coord.), Atelier, Madrid, 2012, págs. 243-288.

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón: “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)”, en *Diario La Ley*, 2010, núm. 7393 [LA LEY 2131/2010].

DIAGO DIAGO, M^a. del Pilar: “La Kafala islámica en España”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, núm. 1, págs. 140-164.

DÍEZ GARCÍA Helena: “Desamparo de menores y acogimiento”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999 [BIB 1999\1429].

DÍEZ GARCÍA Helena: “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, en *Revista de Derecho Privado*, 2003, núm. 87, págs. 166-208.

DÍEZ GARCÍA, Helena: “La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (GONZÁLEZ PORRAS/MÉNDEZ GONZÁLEZ, coords.), Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Murcia, 2004, vol. I, págs. 1245-1260.

DÍEZ GARCÍA Helena: “La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales”, en *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24, págs. 197-289.

DÍEZ GARCÍA, Helena: *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013 (4ª ed.).

DÍEZ MARTÍNEZ, Ana: “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”, en *Aranzadi civil*, 2013, núm. 2, págs. 51-70.

DÍEZ MARTÍNEZ, Ana: “La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, núm. 5 (BIB 2014\2880).

DÍEZ MORRÁS, Francisco Javier: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2012, núm. 10, págs. 95-104.

DIEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Tecnos, Madrid, 2012.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010 [LA LEY 1098/2011].

DURÁN RUÍZ, Francisco Javier: *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Universidad de Granada, Granada, 2008.

DURÁN RUÍZ, Francisco Javier: “Los menores inmigrantes acompañados y no acompañados en situación de desamparo. Régimen jurídico y derechos a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración: una visión desde la Comunidad Autónoma de Andalucía* (BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, coord.), Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Sevilla, 2009, págs. 208-234.

ESCALONA MARCHAL, Nuria: “La *kafala* marroquí: Problemas de ayer, hoy y mañana”, en *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, N° 3, 3 de julio de 2013, Universidad de Almería (http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-07/articulos_la-kafala-marroqui.pdf).

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: “Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales”, en *Actualidad civil*, 2009, núm. 12 [LA LEY 12142/2009].

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ M^a. Begoña: *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

FÁBREGA RUÍZ, Cristobal Francisco: “El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores”, en *Diario La Ley*, 2005, núm. 6313 [LA LEY 4315/2005].

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional privado”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. LXI-2, 2009, págs. 515-518, Id. vLex: VLEX-223436137, <http://vlex.com/vid/223436137>.

FONGARO, Éric: “Adoption d'un enfant étranger et jugement algérien de kafala”, en *Journal du Droit international*, 2009, núm. 1, págs. 154-171.

GALLARDO CASTILLO, M^a. Jesús: “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, en *Actualidad Administrativa*, 2010, núm. 2 [LA LEY 21589/2009].

GARCÍA ABURUZA, M^a. Paz: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, núm. 11 [BIB 2013\467].

GARCÍA CANTERO, G.: “Notas sobre el acogimiento familiar”, en *Actualidad civil*, 1992, núm. 2, págs. 305-318.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther: “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, en *Indret*, 2008, núm. 2 http://www.indret.com/pdf/532_es.pdf

GONZÁLEZ PILLADO, Esther/GRANDE SEARA, Pablo: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro/GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (coord.): *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales, (Capítulo V. Protección de menores. Acogimiento, adopción y tutela)*, Sepin, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2005.

GERVILLA CASTILLO, M^a Ángeles: *Familia y sociedad: Menores en situación de riesgo*, Dykinson, Madrid, 2000.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, 1996, núm. 1, págs. 1690-1693.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: “Menores en desamparo y padres sin amparo”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2002, págs. 109-202.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: “La problemática reinserción en su familia de origen del menor acogido”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2004, núm. 18, págs. 171-342.

GUZMÁN PECES, Monserrat: El modelo constitucional de protección familiar”, en *La adopción internacional. Guía de adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley, Madrid, 2007 [LA LEY 19533/2009].

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: “¿Hacia la «contractualización» de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés? El contrato de responsabilidad parental”, en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 10 [LA LEY 16185/2008].

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: *La situación jurídica del menor en el marco de la Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998.

IGLESIAS REDONDO, Juan Ignacio: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.

IGLESIAS REDONDO, Juan Ignacio: “La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 173-212.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil IV, Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2005 (4ª ed.).

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel/MONROY ARAMBARI, Beatriz: *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: *Los Menores en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2002.

LETE DEL RÍO, José Manuel: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV (ALBALADEJO, dir.), Edersa, Madrid, 1978.

LETE DEL RÍO, José Manuel: *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

LINACERO DE LA FUENTE, Mª Asunción: “La protección del menor en el Derecho civil español: comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, en *Actualidad civil*, 1999, núm. 4, págs. 1573-1626.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La autorización de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2001, núm. 1, págs. 1933-1944.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La institución musulmana de la kafala y el Derecho de Extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2006, núm. 11, págs. 223-227.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho Español”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2008, núm. 17, págs. 103-134.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los derechos español y marroquí”, en *ADC*, 2013, vol. 66, núm 3, págs. 1045-1107.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: “Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad”, en *Diario La Ley*, núm. 6121, 2004 [LA LEY 2375/2004].

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: “Consideraciones sobre la suspensión "administrativa" de la patria potestad”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (GARCÍA RUBIO, coord.), Cívitas, Madrid, 2009, págs. 543-560.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990.

LUDEÑA BENÍTEZ Óscar Daniel: “El Derecho de Familia de la Unión Europea: Cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre estados miembros” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 32, 2014, págs. 1-44.

LÓPEZ-MANZANARES SOMOZA, Antonia: “Adopción”, en *Enciclopedia Jurídica* [LA LEY 1032/2008].

MARCHAL ESCALONA, Nuria: “La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, núm. 3, págs. 49-75.

MARTÍN GARCÍA, M^a Lirio: “Comentario al art. 172 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil* (DOMINGUEZ LUELMO, dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

MARTÍN OSTOS, José: “Los futuros juzgados de menores”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1986, núm. 4, págs. 227-256.

MARTÍN OSTOS, José: *Jurisdicción de menores*, Bosch, Barcelona, 1994.

MAYOR DEL HOYO, Victoria: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

MAYOR DEL HOYO, Victoria: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedes, Barcelona, 2001.

MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE. *Civil 2009. Familia y Sucesiones*. Ediciones Francis Lefebvre. 2008, págs. 213-225.

MÉNDEZ PÉREZ, José: *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: “El acogimiento familiar: regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2003, núm. 21, págs. 35-71.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: “La protección jurídica del menor. Situación de riesgo, atención inmediata y desamparo”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2004, núm. 25, págs. 21-60.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional”, en *Los menores extranjeros no acompañados* (LÁZARO GONZÁLEZ/MOROY ARAMBARRI, coords.), Tecnos, Madrid, 2010, págs. 97-112.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: “Protección jurídica ante la guarda de hecho: ¿menores en el limbo jurídico”, en *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, 2013, núm. 102, págs. 13-18.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: “Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2014, núm. 64, págs. 89-108.

MORETÓN SANZ, Fernanda: “La adaptación de nuestro Derecho a la Convención”, en *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España* (RAVETLLAT/VILLAGRASA, coords.), Bosch, Barcelona, 2006, págs. 77-88.

MORETÓN SANZ, Fernanda: “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España”, en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* (VILLAGRASA/RAVETLLAT, coords.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 992-1016.

MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: “Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante”, en *Diario La Ley*, Nº 5605 [LA LEY 2360/2002].

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: “Consideraciones sobre las modificaciones de los artículos 172 C.c. y 178 LEC operadas por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, núm. 2133, págs. 1-16.

O‘CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 6ª Edición, La Ley, Madrid, 2008.

OCÓN DOMINGO, José: “Normativa internacional de protección de la infancia”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, 2006, vol. 19, págs. 113-131.

OLEA GODOY, Wenceslao Francisco: “Resolución Administrativa”, en *Enciclopedia Jurídica*, LA LEY [LA LEY 4638/2008].

ORLANDI, Maurizio: “La "Kafala" islmica e la sua riconoscibilità quale adozione”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, vol. 34, núm. 2, págs. 635-665.

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

PALOMINO DÍEZ, Isabel: “La discutida naturaleza de la tutela de las Entidades Públicas del art. 172.1 C.c.”, en *Actualidad Civil*, 2005, núm. 11 [LA LEY 1295/2005].

PAINCEIRAS SOLLEIRO, Silvia: “Intervención pública en los supuestos de desamparo de menores: Análisis prácticos sobre salud y obesidad”, en *RDUNED*, 2014, núm. 14, págs. 797-810.

PASQUAU LIAÑO, Miguel: *Jurisprudencia civil comentada*. Tomo I, Comares, Granada, 2000.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: “El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río* (GARCÍA RUBIO, coord.), Cívitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2009, págs. 709-734.

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

PINTO ANDRADE, Cristobal: “El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen”, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=272#t3

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 11-40.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

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

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la "Kafala")”, en *RGD*, 2000, núm. 667, págs. 4419-4448.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “La Unión Europea y el Mediterráneo: ¿Hacia un marco jurídico transnacional para las relaciones familiares?”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2010, núm. 19 (www.reei.org).

RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: “La antijuricidad del daño como requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Actualidad administrativa*, núm. 7, 2010, Editorial LA LEY [LA LEY 1812/2010].

RODRÍGUEZ MORATA, Federico A.: “El acogimiento de menores”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 129-152.

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

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

SANTOLARIA FERNÁNDEZ, Jesús: “Consideraciones en torno a la pieza de responsabilidad civil. Consideraciones en torno a la pieza de responsabilidad civil en el procedimiento de menores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), Tirant lo blanch, Valencia, 2002 www.tirantonline.com TOL163.239.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta: “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Aranzadi civil*, nº 1, 2003, págs. 1945-2006.

SANCHO REBULLIDA, Francisco: *Elementos de Derecho civil IV*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1989.

SERRANO FERNÁNDEZ, María: “Comentario al art. 222 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

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

SERRANO MASIP, Mercedes: “La protección del menor en situación de riesgo o de desamparo por los órganos judiciales: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia* (PARDIAL ALBÁS/TOLDRÁ I ROCA, coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 137-184.

SERRANO MASIP, Mercedes: “Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores”, en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (HOYOS SANCHO, coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 159-180.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: “La guarda y el acogimiento de menores”, en *Protección jurídica del menor* (POUS DE LA FLOR/TEJEDOR MUÑOZ, coords.), Colex, Madrid, 2009, págs. 125-168.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: “Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración”, en *RCDI*, núm. 723, 2011, págs. 584-607.

TENA PIAZUELO, Isaac: “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 1997, núm. 24, págs. 243-266.

UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales* (GONZÁLEZ POVEDA/GONZÁLEZ VICENTE, coords.), Sepin, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2005.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario: *Derecho de Familia* (ROCA, coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

VARGAS CABRERA, Bartolomé: “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, en *ADC*, Tomo XLIV, Fasc. II, 1991, págs. 611-696.

VARGAS CABRERA, Bartolomé: *La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2002, núm. 15, págs. 39-46.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: “El interés superior del menor”, en *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho* (RAVETLLAT BALLESTÉ, coord.), Bosch, Barcelona, 2011, págs. 25-50.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Difusión jurídica, Madrid, 2010.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/CUENA CASAS, Matilde (coords.): *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ZAMORA SEGOVIA, M^a. Luisa: “Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen”, www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394. 5 de octubre de 2011.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: “El Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria y su repercusión en el Derecho de las personas y de la familia”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2014, núm. 892, pág. 5.

ZURILLA CARIÑANA, M^a de los Ángeles: “De la Ley de 11 de noviembre de 1987 a la de 15 de enero de 1996: diez años de tutela *ex lege*, acogimiento y adopción en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, núm. 23, págs. 79-128.