



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA REGULACIÓN, EN EL CÓDIGO CIVIL, SOBRE LA PROTECCIÓN DE
LOS MENORES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN
SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO**

Autor: Rocío Muñoz González-Adalid

4º E-1

Área de Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril, 2020

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO II. LOS MENORES DE EDAD EN LA SOCIEDAD ACTUAL. DERECHOS Y DEBERES.....	7
CAPÍTULO III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.....	9
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	9
2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....	11
3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	12
4. BREVE APUNTE SOBRE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO - CIVILES DE PROTECCIÓN.....	14
CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	16
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	16
2. LA SITUACIÓN DE RIESGO.....	17
2.1. Concepto y supuestos.....	17
2.2. La declaración de riesgo.....	19
2.2.1. <i>Autoridad competente para declarar la situación de riesgo</i>	19
2.2.2. <i>Medidas que se pueden adoptar en estos casos</i>	19
a. Medidas de apoyo familiar.....	19
2.2.3. <i>Oposición frente a la situación de riesgo</i>	20
3. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	21
3.1. Concepto y Supuestos.....	21
3.2. La declaración de desamparo.....	25
3.2.1. <i>Autoridad competente para declarar la situación de desamparo</i>	25
3.2.2. <i>Medidas que se pueden adoptar en estos casos</i>	28
a. Asunción de la tutela administrativa.....	28
b. Determinación de los gastos económicos que se deberán abonar.....	30
c. Régimen de visitas.....	30
3.2.3. <i>Oposición frente a la situación de desamparo</i>	32
3.2.4. <i>El cambio de circunstancias de la situación que dio al desamparo</i>	33

CAPÍTULO V. EN ESPECIAL, LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EJERCIDAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	34
1. TUTELA ADMINISTRATIVA.....	34
1.1 Consideraciones generales.....	34
1.2 Características.....	36
1.3 Extinción de la tutela administrativa.....	36
2. GUARDA ADMINISTRATIVA.....	38
2.1 Consideraciones generales.....	38
2.2 Características.....	39
2.3 Extinción de la guarda administrativa.....	40
3. EL ACOGIMIENTO.....	41
3.1. Consideraciones Generales.....	41
3.2 Acogimiento familiar.....	42
3.2.1 Consideraciones generales.....	42
3.2.2 Regulación.....	42
3.2.3 Concepto.....	43
3.2.4 Características.....	44
3.2.5 Constitución.....	45
3.2.6 Relación jurídica del acogimiento. Derechos y deberes de las partes....	46
3.2.7 Tipos de acogimientos familiares.....	47
3.2.8 Cese del acogimiento familiar.....	49
3.3. El acogimiento residencial.....	50
3.3.1 Regulación.....	50
3.3.2 Concepto.....	50
3.3.3 Obligaciones de las Entidades Públicas y servicios y centros de acogimiento residencial.....	52
3.3.4 La relación jurídica del acogimiento. Derechos y deberes de las partes.....	52
3.3.5 Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.....	53
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA	58

ABREVIATURAS:

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CDN: Convención de los derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

LDOIA: Ley 14/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley 21/1987: 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 26/2015: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia

Ley 42/2003: Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones Familiares de los nietos con abuelos.

LO 8/2015: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ss.: Siguietes.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Desde la Constitución de 1978, y su artículo 39, el legislador empieza a hacerse eco de la importancia de proteger, por parte de los poderes públicos, a los individuos más vulnerables de la sociedad. Entre los que se encuentran los menores de edad. El objeto del presente trabajo es pues, realizar un estudio de la protección que otorga la Administración pública a los menores que se encuentran en situación de riesgo o desamparo. Resulta de interés este análisis debido a la carencia que tienen estos individuos de velar por sus propios intereses, por ello, en caso de que sus propios padres o tutores no les otorguen el oportuno auxilio, lo tiene que cubrir la Administración Pública.

En el año 1996, a tenor de lo establecido en la Constitución, el legislador promulga la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como máximo exponente de esta necesidad de otorgar seguridad a los menores de edad. Sin embargo, dado que la sociedad cambia y con ella deben ir avanzando los instrumentos de protección jurídica, en 2015 entran en vigor dos leyes, por las cuales se pretende mejorar el sistema de protección del menor de edad, y adecuarlo a las necesidades del momento. Estas dos leyes son Ley 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, ambas denominadas, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Así, el presente trabajo tiene como objetivos llevar a cabo un estudio detallado y exponer cómo gracias a las distintas normas que surgen a partir del mandato constitucional del artículo 39, se concreta la protección del menor por las distintas administraciones públicas. Este análisis se realiza dentro del ámbito del Derecho civil común. Para ello se empleará tanto legislación nacional, como internacional, en especial la Convención de los derechos del Niño, de Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, así como, doctrina y jurisprudencia sobre el asunto.

Para el correcto desarrollo del estudio, se parte de la idea del menor de edad, y de los derechos y deberes que posee en nuestra sociedad. Posteriormente, se analiza el sistema de protección que otorgan las Administraciones públicas y las distintas instituciones jurídico-civiles, que posee sobre la materia. A continuación, se procede a estudiar tanto la situación de riesgo, como la de desamparo, con sus correspondientes declaraciones y

consecuencias, con el fin de observar como se concreta la protección de los menores de edad por las administraciones Públicas, y de entender en qué situaciones y bajo qué circunstancias las estas actúan.

Por último, este trabajo pretende estudiar los distintos medios de actuación de las Administraciones públicas, en las situaciones en las que el menor se encuentra en riesgo o desamparo. Los Entes Públicos actuarán a través de las Instituciones de la tutela y la guarda administrativas, que se concretan en la figura del acogimiento.

CAPÍTULO II. LOS MENORES DE EDAD EN LA SOCIEDAD ACTUAL. DERECHOS Y DEBERES

La infancia y la adolescencia son etapas en las que los grandes cambios pueden influir muy notablemente. Los menores de edad, considerados así todos los individuos menores de 18 años, han sido objeto de atención por parte del legislador ya desde varias épocas atrás. El Estado debe protegerlos otorgándoles una serie de derechos inalienables. Asimismo, teniendo en cuenta que los ámbitos más importantes para la vida del menor son el entorno familiar, el educativo y el social el legislador estima oportuno exigir una serie de deberes con el fin de orientar sus actitudes en estos ámbitos.

Para entender en qué momento el Estado debe garantizar la protección del menor hay que analizar brevemente qué derechos y deberes posee. Sin su correcto ejercicio y cumplimiento, respectivamente, se vulnerarían sus derechos fundamentales. Así pues, los menores de edad gozarán de los derechos que les otorgan la Constitución, los tratados internacionales en los que España forme parte y los garantizados en el resto del ordenamiento jurídico.

En especial, destacamos el tratado internacional de la Convención de los Derechos del Niño¹.

Dentro de los derechos de los menores, encontramos: ²

¹ Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, (BOE 31/12/1990).

² Capítulo II, artículos del 3-9 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, (BOE 17/01/1996).

- Derecho a la vida, garantizando los estados firmantes la supervivencia y el desarrollo del niño.
- Derecho a la igualdad de derechos entre todos los niños.
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Dentro de este derecho se comprende el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio social, a la inviolabilidad de la correspondencia y al derecho al secreto en las comunicaciones.
- Derecho a la información. Con este derecho se pretende que los niños tengan acceso a las distintas fuentes y medios de comunicación nacionales e internacionales.
- Derecho a la libertad ideológica. Supone el respeto a la libertad de conciencia, pensamiento y religión del niño.
- Derecho a participación, asociación y reunión. Se refiere a la libertad de agrupación, unión y de celebración de reuniones pacíficas.
- Derecho a la libertad de expresión. Supone la autonomía de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. El ejercicio de este derecho tendrá como restricciones los derechos y reputaciones de los demás y la protección de la salud o moral pública.
- Derecho a ser oído y escuchado. Siempre que el menor de edad se encuentre en condiciones de formar un juicio propio tendrá derecho a expresar su opinión libremente en todos los aspectos que le afectan.
- Derecho a la sanidad pública.
- Derecho a la educación. El menor tendrá el derecho de recibir una educación primaria obligatoria y gratuita, que se fomente el desarrollo de la enseñanza secundaria y poder acceder a la enseñanza superior.
- Derecho a la comunicación. Los hijos tienen derecho a relacionarse con sus progenitores. Asimismo, el progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores de edad tendrá el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y de tenerlos en su compañía.

Inherentes a la titularidad y ejercicio de derechos, los menores poseen distintos deberes que deben cumplir, regulados en la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, en función de su edad y madurez. Estos deberes se encuentran tanto en el ámbito familiar y social como en el escolar. ³

³ Capitulo III LOPJM.

En el ámbito familiar, deberán respetar tanto a sus progenitores y hermanos como a otros familiares, y participar en el cuidado del hogar con independencia de su sexo y de acuerdo con su edad (vid. art. 9 ter LOPJM).

En el ámbito social, los menores tendrán la obligación de respetar el entorno en el que se mueven y a las personas con las que se relacionan (vid. art. 9 quinquies LOPJM).

Por último, en el ámbito escolar habrán de respetar las normas de convivencia de los centros educativos y estudiar con una actitud positiva durante los periodos de enseñanza obligatoria (vid. art. 9 quáter LOPJM).

Los poderes públicos tienen la obligación tanto de fomentar el libre y pleno ejercicio de sus derechos como a la vez promover acciones que faciliten el conocimiento y ejercicio de los deberes en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal. Si falla alguno de estos entrarán en juego los mecanismos por los que actuar para la protección del menor.⁴

CAPÍTULO III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para comprender qué se considera por minoría de edad hay que entender que para el derecho la edad determina la aptitud para el ejercicio de los derechos y los deberes que el individuo posee.

Así, se puede ser mayor o menor de edad. En España se es menor de edad hasta los 18 años a partir de los cuales comienza la mayoría de edad. En este aspecto, cita el artículo 315 CC que “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”, y el artículo 12 CE “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. En el ámbito internacional, el artículo 1 CDN, sitúa también la minoría de edad hasta los 18 años.⁵

⁴ Artículo 10 LOPJM. “1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto.”

⁵ Artículo 1 CDN, *op.cit.* “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Son por lo tanto, personas que requieren de especial protección ya que no depende de ellas el ejercicio de sus derechos, el Estado debe encargarse de que no se vulneren sus derechos en ningún momento a través de sus distintos mecanismos de protección.

Cuando un individuo alcanza la mayoría de edad obtiene capacidad de obrar plena, como regula el artículo 322 CC “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

Al contrario de lo que sucede con los mayores de edad, que poseen capacidad de obrar plena, en el ámbito de los menores existe controversia al respecto. Siguiendo a Montejo Rivero podemos afirmar que la doctrina civilista ha mantenido una doble postura: los que opinan que los menores son incapaces de obrar por sí mismos, menos en ciertas excepciones que se les da capacidad para actuar;⁶ y aquellos que opinan que los menores son capaces en general pero que su capacidad esta limitada. Esta última es la considerada mayoritaria por la doctrina destacando De Castro y Bravo como impulsor principal.⁷ Siguiendo esta última corriente, apreciamos que no se considera al menor como incapaz siempre y cuando se atiende a su grado de discernimiento y madurez en cada acto o negocio jurídico.

Llegados a este punto, resulta importante distinguir entre el menor de edad emancipado y el no emancipado.

El menor de edad emancipado es aquel que alcanzada la edad de 16 años cumple, con los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para adquirir tal estado civil (vid. artículos 314 CC y siguientes). Le es reconocida una mayor aptitud para poder ejercer derechos y asumir obligaciones pero, como aún no es mayor de edad, para llevar a cabo determinados actos jurídicos, nuestro Código Civil exige que su capacidad de obrar sea completada. Los artículos 323 y 324 CC contienen la principal regulación a este respecto.

El segundo, el menor no emancipado, se encuentra sometido a la patria potestad o en caso a la tutela civil. Su capacidad de obrar no se ubica en un artículo concreto si no que se va regulando a lo largo de todo el Código Civil. Cuando el menor no posee capacidad

⁶Montejo Rivero, J.M., “Menor de edad y la capacidad de ejercicio: reto del Derecho Familiar contemporáneo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, marzo. p.26.

⁷ De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España, Tomo II, Parte General*. Civitas, Madrid, 1952, p.189.

de obrar actúan por él sus representantes, para todo acto que no sea personalísimo, sin perjuicio de que deba ser oído cuando se considere oportuno.

Por lo tanto, no todos los menores no emancipados tienen la misma capacidad de obrar ya que el ordenamiento les va posibilitando la realización de distintos actos a determinadas edades o dependiendo de la capacidad de juicio que posea cada uno.

Estos últimos serán el objeto de estudio en el presente trabajo, al tener menos medios para el libre ejercicio de sus derechos y para el reconocimiento de eficacia jurídica de sus actos, por lo que se requiere especial protección para asegurar que estos no sean vulnerados y que las Administraciones les otorguen la correcta protección.

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.⁸

El periodo de tiempo en el que se desenvuelve la minoría de edad es una época de gran vulnerabilidad, dado que aún no ha acabado de desarrollarse mental ni físicamente. Por lo tanto, se requiere una especial protección para garantizar, el desarrollo no solo del individuo si no también de la sociedad en general.

Los distintos países han ido estableciendo en sus legislaciones los mecanismos a seguir para garantizar tal protección del menor. Así, en 1989, se adoptó la CDN y con ella una nueva visión del cuidado a la infancia, empezándose a reconocer a los niños como sujetos de derecho.⁹ Utilizándose, por todo el mundo como medio para promover y defender los derechos de los niños.

En la Convención se proclama que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial a que se atenderá el interés

⁸ Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990. (disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>; última consulta el 13/01/2020).

⁹ Convención de los Derechos del Niño, *op.cit.*, Preámbulo: “Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado que toda persona tiene todos los derechos y libertades, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

superior del niño”, por lo que ya se empieza a ver un interés especial por la protección del menor (art.13 CDN).

Dentro de la protección internacional del menor destacan distintos Convenios impulsados por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y del Consejo de Europa, como por ejemplo, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución Española de 1978, se constituye como la norma superior del ordenamiento jurídico español, por medio de la cual se ofrece una defensa de los derechos fundamentales de los individuos. En su artículo 39 hace mención, a la obligación por parte de los Poderes Públicos de garantizar la preservación económica, social y jurídica tanto de la familia como de los menores. El apartado 4 de dicho precepto trata de la atención otorgada por los acuerdos internacionales, por lo que se prevé en la CE un marco amplio de protección¹⁰. El precedente de este artículo se localiza en el artículo 43 de la Constitución de 1931.¹¹

En un análisis un poco más detallado del mencionado artículo 39 CE observamos sus cuatro apartados:¹²

1. En el apartado primero se declara que los poderes públicos aseguraran la protección de la familia. Así, es de relevancia determinar qué cabe dentro del concepto de familia. Dado que el artículo 14 CE y el 39.2 CE protegen la igualdad y la no discriminación por razón de filiación, rechazamos el concepto de familia excluyente, que defiende como familia solo el núcleo parental de padres e hijos, puesto que iría contra estos principios para los hijos tenidos fuera del matrimonio. Por otro lado, no hay que olvidar que el núcleo de convivencia en ocasiones se

¹⁰ Artículo 39,4 CE “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

¹¹ Art. 43 constitución española 1931 “Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.” (disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf; última consulta el 31/03/2020).

¹²Aranda Álvarez. E., “Sinopsis artículo 39 Constitución Española” (disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>; última consulta el 27/02/2020).

constituye entre miembros con relación de segundo grado o colateral. Así la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, reconoce a esos vínculos derechos de carácter familiar.¹³

Las SSTC 19/2012 de 15 de febrero y 198/2012 del 6 de noviembre, hacen mención a esta cuestión.¹⁴

2. El apartado segundo hace referencia a la obligación del legislador de proteger a los hijos y a las madres, así como a la investigación de paternidad.¹⁵
3. El apartado tercero, establece la obligación de los padres de proteger a los hijos y asegurar que todos sean iguales con independencia de su filiación¹⁶. En este aspecto el TC se ha pronunciado en alguna ocasión estableciendo que los hijos adoptados estarán equiparados a los biológicos.¹⁷

¹³ Se observa dicho reconocimiento en el artículo 6 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE 22/11/2003), que modifica el artículo 161 CC “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”.

¹⁴ TC Sentencia núm. 19/2012 de 15 de febrero, FJ5 (texto obtenido de la base de datos del Tribunal Constitucional de España: ECLI:ES:TC:2012:19; fecha de última consulta 1/04/2020), “es evidente que la familia a la que manda proteger el art. 39.1 CE nada tiene que ver con el hecho físico de la convivencia entre los miembros que la integran, no es posible admitir que el progenitor que no vive con sus descendientes pero que mantiene, por imposición legal o judicial, la obligación de prestarles asistencia de todo orden, quede excluido”. Por otro lado, la Sentencia del TC núm. 198/2012 del 6 de noviembre, FJ5, (texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2012:198 ; fecha de última consulta 1/04/2020) establece “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio, ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia. Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales y, sobre todo, los hijos que con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio”

¹⁵TC Sentencia núm. 273/2005 de 27 de octubre, FJ7,(texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2005:273; fecha de última consulta 1/04/2020). El Tribunal señala “resulta claro que, en la ponderación de los intereses, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos”.

¹⁶TC Sentencia núm. 171/2012 de 4 de octubre, FJ4, (texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2012:171; fecha de última consulta 1/04/2020), se ha pronunciado al respecto estableciendo “la obligación a los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, 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 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias”.

¹⁷TC Sentencia núm. 200/2001 de 4 de octubre, FJ4-6 (texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2001:200; fecha de última consulta 1/04/2020). Esta sentencia obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación (...) a homogeneidad o equiparación de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar a efectos del juicio de igualdad, constituidas en este caso por las de los hijos adoptivos y las de los hijos por naturaleza”.

4. Por último, el apartado cuarto, legaliza el deber de protección de los menores de acuerdo con los Tratados Internacionales.

Así, a raíz de los principios establecidos en la Constitución y de los Convenios internacionales, en España se han ido elaborando distintas normas legislativas hasta llegar a las actuales LO 8/2015 de 22 de julio y Ley 26/2015 de 28 de julio, ambas, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

4. BREVE APUNTE SOBRE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO - CIVILES DE PROTECCIÓN

Entre las distintas normas que se fueron elaborando, en lo que más concierne al objeto de nuestra investigación, destacamos en primer lugar la Ley 21/1987, del 11 de noviembre, por la que se modifican distintos artículos del CC y de la LEC en materia de adopción.

Pese al innegable avance que esta ley supuso, en la práctica se fueron viendo lagunas¹⁸ y con ellas el requisito de adecuar la legislación vigente a la sociedad que iba cambiando. Debido a estas circunstancias el legislador promulga la LOPJM. Por la cual se desarrolla la tutela administrativa como medio principal para la protección de los menores de edad.

Así, el ordenamiento jurídico va reflejando poco a poco una concepción de los menores de edad como sujetos activos y participativos con capacidad para modificar su entorno personal y social. Otro avance importante, que cabe destacar es la importancia que da a la agilidad de los procesos, judiciales y administrativos, para así evitar, en cuanto a lo posible, la desprotección del menor en todo momento.¹⁹ La LOPJM, constituye el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio español.

Esta ley supuso un gran avance, hasta que en el año 2015 se promulgaron dos nuevas leyes. Por un lado, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que surge para complementar la ya mencionada Ley Orgánica 1/1996. Y, por otro lado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Se estaba en la necesidad de promulgar estas leyes debido

¹⁸Exposición de motivos 1, LOPJM.

¹⁹Un ejemplo de esto sería el artículo 20 LOPJM, que regula un proceso más ágil en la constitución del acogimiento familiar, para preservar el interés superior del menor.

a los avances en la sociedad que demandaban una mejora en las instituciones de protección a fin de conseguir el correcto desarrollo del artículo 39 CE y de las normas internacionales.

Hablamos de un nuevo sistema de leyes del menor que se basa en el interés superior de este, es decir que sus necesidades básicas se vean satisfechas, que se encuentre en un entorno familiar apto y que sus deseos y opiniones sean tenidos en cuenta para su bienestar.²⁰ Esta nueva ley 26/2015 introduce los deberes del menor, y la obligación de la Administración de dárselos a conocer mediante la promulgación de distintas acciones. La ley del menor 26/2015, de Protección jurídica del menor, establece la importancia de tener en cuenta el grado de madurez y desarrollo del menor²¹. Esta ley trata de dar prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las consensuadas frente a las impuestas y a las familiares frente a las residenciales.

Como afirma Fernández González consideramos importante hacer mención al artículo 2 LOPJM, en el cual se establecen los tres principios rectores sobre los que se regula todo el resto del ordenamiento en materia de protección jurídica del menor. Estos son: la primacía de su interés superior, el principio del carácter educativo de las medidas previstas y el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar.

Inicialmente, la primacía del interés del menor supone que prevalecerá todo lo que beneficia al menor y ayude a su correcto desarrollo y desenvolvimiento integro de su personalidad. Asimismo, encontramos el principio rector del carácter educativo de las medidas previstas, el cual significa que las disposiciones que se tomen sirvan para desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales o morales del niño. Por último, la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar del menor implica que las posibilidades de actuación del menor se entenderán siempre de manera más limitada o reducidas a lo que aparece *prima facie*²².

²⁰ Ravetllat Ballesté. I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n°2, 2012, p. 9.

²¹ Preámbulo VI LOPJM: “...la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal”.

²²Fernández González, M.B., “Principios jurídicos que informan. La protección civil de los menores.”, Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de derecho de Familia. *El Derecho*. Publicación de base de datos online, LEFEBVRE. (disponible en: <https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?jsessionid=2C9C3FBEDE4512DC3E09A65FA73418>

Una vez expuestas las anteriores consideraciones generales, procede el que nos adentremos en las concretas instituciones civiles y, a este respecto, resulta importante analizar el concepto de patria potestad y de tutela civil. Pues, será en el momento en que estas no funcionen correctamente cuando las Administraciones entraran para otorgar la protección que les es encomendada por nuestra Constitución, respecto de los menores.

La patria potestad, es el conjunto de derechos, atribuciones y deberes que poseen los padres de los menores no emancipados. Está regulada en los artículos 154 y ss. CC.

Los titulares de la patria potestad se encuentran en la obligación de velar por los menores, de tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Así, como de representarles y administrar los bienes de estos. Pueden ser privados total o parcialmente de la misma, mediante sentencia, cuando no cumplan sus obligaciones o por una causa suficientemente grave que lo justifique, como pueden ser los malos tratos. Sin embargo, la privación de la patria potestad puede no ser una medida definitiva, sino que volverá una vez se justifique que la causa que le dio lugar ya no perdura.

Por otro lado, la tutela civil es la institución dentro de Derecho de familia que tiene por finalidad proteger la persona y el patrimonio del menor. En este sentido, coincide con la patria potestad en que ambas buscan la protección de las personas sujetas a estas. Se encuentra regulada en los artículos 215 y ss. CC. La tutela puede ser familiar o institucional.

CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro ordenamiento jurídico otorga a los menores el derecho a recibir asistencia y protección con el fin de garantizarles el pleno desarrollo de su personalidad. Esta responsabilidad será tanto de las familias como de las Administraciones Públicas.²³ En el

41. [TC ONLINE02?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=proteccion%20del%20menor#presentar.do%3Fref%3D7D55656C%26producto%3DA%26fulltext%3Don](#), consultado por última vez el 10/02/2020).

²³Protección del menor, Comunidad de Madrid (disponible en: <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/proteccion-menor>; última consulta 12/03/2020).

caso de que las familias no cumplan su obligación intervendrá la Administración. Esta intervención siempre será secundaria, pues en la medida de lo posible se intentará que no se afecte mucho al núcleo familiar.

Por ello, tanto la legislación estatal como la autonómica reconocen el derecho de estos a recibir apoyo de las Administraciones públicas. La LOPJM en su artículo 10.1 establece el derecho de los menores a recibir la asistencia necesaria por parte de los Entes públicos para poder desarrollar el efectivo ejercicio de sus derechos. En el apartado 2 del mismo artículo se regula como el menor podrá solicitar la protección y la tutela de la entidad pública para la defensa y garantía de sus derechos.

En la legislación española sobre la protección de los menores se han contemplado distintas realidades de desprotección, que obligan a las administraciones a adoptar las medidas necesarias para garantizar el interés superior del menor. Estas situaciones son la de riesgo y la de desamparo.²⁴

A continuación, en el presente trabajo analizaremos cada una de ellas y las medidas que adoptaran las Administraciones para fin de garantizar los derechos y protección de los menores.

2. LA SITUACIÓN DE RIESGO

2.1. Concepto y supuestos

Según el artículo 17 LOPJM, se considera que el menor se encuentra en una situación de riesgo cuando su desarrollo y bienestar personal, familiar, social o educativo esta perjudicado, como consecuencia de circunstancias o conflictos familiares, personales o sociales. Siempre será necesaria la intervención de las Administraciones Públicas para reestablecer una situación en la que el menor pueda desarrollarse plenamente. Estas circunstancias deben ser originadas por un déficit por culpa de los progenitores, los guardadores de hecho, tutores civiles o acogedores en el ejercicio de sus funciones.

²⁴ De Palma Del Teso, A., “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”, *AFDUAM*, 15, 2011 pp. 191-192. (disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662986/AFDUAM_15_7.pdf?sequence=1; última consulta el 13/03/ 2020).

Los Poderes Públicos deben otorgar al menor medidas de apoyo que le permitan el no tener que separarse de su entorno personal. Las Administraciones Públicas tienen como finalidad última garantizarles el pleno desarrollo de su personalidad y el disfrute pleno de los derechos que se le otorgan. Hablamos de situaciones en las que la desprotección de su desarrollo y bienestar no supone un grado de vulnerabilidad tan alto como para alcanzar la declaración la situación de desamparo. Las Administraciones Públicas tratan de prevenir, mediante el apoyo técnico y económico, el desamparo para en la medida de lo posible no separar al menor de su entorno familiar.

En la ley orgánica no se recoge, como tal, una enumeración, *numerus clausus* de las causas por las que declarar la situación de riesgo. Sin embargo, en su artículo 17.1 sí que ofrece una serie de indicadores a tener en cuenta en orden a establecerla: a) el tener un hermano declarado en situación de riesgo, siempre que no hayan cambiado considerablemente las condiciones en el entorno familiar, b) la concurrencia o carencia de circunstancias materiales. No obstante, sí que encontramos algunos supuestos en los que se procedería a la declaración de riesgo si se dieran unas particularidades. El primero de ellos es el caso de la mujer gestante que por falta de cuidado físico, o por el consumo abusivo de sustancias tóxicas esté poniendo en riesgo al concebido y no nacido, así como cualquier otra acción, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar anomalías del recién nacido. Asimismo, se declarará la situación de riesgo cuando estando el menor en situación de necesidad de tratamiento médico para salvaguardar su integridad física o psíquica o incluso su vida, los progenitores o tutores, se negaren a prestar el consentimiento para la realización de tales tratamientos. ²⁵

El Tribunal Supremo en su sentencia 407/2015, de 9 de julio, establece que en los casos en los que haya violencia en el ámbito familiar, entre los progenitores, la misma supondrá una situación de riesgo para los menores, por extensión de la que sufre la madre. Por lo que la violencia no directa para los menores también puede ser causa de riesgo. ²⁶

²⁵ Artículos 17,9 y 10 LOPJM.

²⁶ TS (Sala de lo Civil, Sección Primera), Sentencia núm. 407/2015, de 9 de julio, FJ2, (Disponible en la Base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2016\260; última consulta el 2/04/2020). “Los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, víctimas, directa o indirectamente, les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada.”

2.2. La declaración de riesgo

2.2.1. Autoridad competente para declarar la situación de riesgo

Corresponderá a la administración pública competente, conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, no solo las funciones de apreciación y valoración del riesgo, sino también las funciones de detención y declaración de este (vid. art. 17.6 LOPJM). Dicha entidad pública deberá realizar la declaración a través de una resolución motivada. La misma deberá, contener medidas para solucionar la situación de riesgo y en conclusión corregir las causas por las que el menor se encuentra en dicha posición.

El artículo 17.4 LOPJM explica que la valoración de la situación de riesgo conlleva la elaboración y puesta en marcha de un plan de intervención social y educativo familiar. Es importante recordar que el objetivo principal en estas situaciones es velar por el interés superior del menor. Así, su función principal es restaurar una situación en la que ya no se encuentre en riesgo, intentando su mantenimiento en su entorno familiar. Por ello, el proyecto debe recoger los objetivos, recursos y previsión de plazos para poder restaurar una situación adecuada para el individuo. Con el fin conseguir un resultado más favorable al interés del menor se procurará que participen los progenitores o tutores en la elaboración del plan. Este deberá ser firmado por las partes y serles comunicado de manera fácil y accesible. Ya que se busca el interés superior del menor, se tendrá en cuenta su opinión en función de su grado de madurez y en todo caso a partir de los 12 años de edad.

La situación de riesgo será declarada por la administración competente conforme a la legislación estatal y autonómica. Frente a esta resolución administrativa y para garantizar la plena eficacia del proceso, se podrán interponer recursos por vía administrativa o judicial.

2.2.2. Medidas que se pueden adoptar en estos casos

a. Medidas de apoyo familiar

Una vez se ha detectado la situación de riesgo para el menor y la administración competente la ha declarado, se establecen qué medidas se pueden adoptar para

solucionarla. Así, ante esta realidad se tomarán posturas que no supongan la separación del menor de su entorno familiar anterior. Es decir, la eliminación del factor de riesgo dentro de la propia familia. Estas soluciones que se otorgan a los menores se denominan medidas de apoyo familiar. Incluyen la protección necesaria para cubrir las necesidades básicas del menor y mejorar el ambiente familiar y así garantizar su buen desarrollo integral.

Entre estas medidas encontramos, por un lado los beneficios económicos o en especie, como las guarderías. La ayuda a domicilio, donde se pueden incluir prestaciones de servicios o atenciones de tipo personal, doméstica, psicosocial, educativa o familiar. Estas asistencias a domicilio son a los padres o guardadores y preferentemente en la vivienda común del menor, para así mantener el hogar familiar como soporte básico. La ayuda a domicilio esta pensada para proteger a los menores en posición de riesgo, cuando esta situación se da porque los padres o guardadores carecen de habilidades educativas o asistenciales. Asimismo, observamos como medida de protección del menor la intervención técnica, es decir, de un profesional. Por otro lado, podemos encontrar medidas como los programas formativos de garantía social o la asistencia a centros educativos.

La consecuencia de la existencia de una situación de riesgo para el menor es la declaración de esta y por tanto la asunción de las medidas necesarias para cesarla o evitarla. Por lo que, a través del adecuado procedimiento se pretende que el menor deje de estar en peligro en su entorno familiar y no encuentre impedimentos para su correcto desarrollo físico e integral. Siempre sin separarse de su entorno familiar previo, para así, intentar intervenir lo menos posible en la vida del menor.

2.2.3 Oposición frente a la situación de riesgo

Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 LEC en el plazo de dos meses (vid. art.17.6 LOPJM). Esta cuestión la analizaremos más adelante, en el presente trabajo, en el correspondiente apartado de oposición frente a la situación de desamparo.

3. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

3.1 Concepto y supuestos

Una vez hemos expuesto la declaración de riesgo del menor, avanzamos un paso más en el análisis de las circunstancias ante las cuales la Administración debe otorgarle protección, y procedemos a estudiar la situación de desamparo.

El artículo 18.2 LOPJM, siguiendo a los artículos 172 CC y siguientes, define la situación de desamparo como “... la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Al igual que en los casos de situación de riesgo, el hecho de tener a un hermano declarado en situación de desamparo lleva a que se entienda declarada para el otro hermano menor también, a no ser que las circunstancias familiares hayan cambiado considerablemente.

Parece ahora oportuno determinar en qué supuestos se podrá observar la situación de desamparo. La LOPJM en su artículo 18 prevé una serie de circunstancias por las cuales se declarará la situación de desamparo, atendiendo a los criterios de proporcionalidad y necesidad, que supongan un riesgo para la integridad física y mental del menor, con la suficiente gravedad. Se trata de las siguientes circunstancias:

- El abandono del menor. Es decir, que falten las personas a las que por ley les corresponde el ejercicio de la guarda, o bien que existiendo, no quieran o no puedan ejercerla.
- El transcurso del plazo de la guarda administrativa voluntaria (es aquella en la que los padres ceden a la Administración el cuidado de sus hijos porque no pueden hacerse cargo de ellos). Se considerará la situación de desamparo en dos circunstancias, la primera cuando los responsables legales no quieran ejercerla. La segunda cuando aun queriendo no se encuentren en condiciones para desempeñarla.

- En los casos de riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. 27
- En los casos de riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad, debido a causas de maltrato psicológico continuado o a la falta de atención de sus necesidades por parte de los progenitores, tutores o guardadores.
- El incumplimiento del ejercicio de los deberes de guarda debido al mal estado de las condiciones de vida familiares.
- La inducción a comportamientos inadecuados para el desarrollo del menor como la mendicidad, la delincuencia o cualquier otra circunstancia de similar gravedad y naturaleza.
- Cuando el menor no esté escolarizado o reiterada e injustificadamente falte al centro educativo.
- Cualquier otra situación, que a causa del incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, sea gravemente perjudicial para el menor y cuyas consecuencias no puedan ser evitadas si permanece en su entorno de convivencia.

Hay que destacar e insistir en que para que exista una situación de desamparo, no simplemente basta con que se dé alguna de estas circunstancias sino que, además, es necesario que las mismas sean de suficiente gravedad y que conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad²⁸ supongan una intimidación a la integridad física y mental del menor. Debido a estas cuestiones, la declaración de desamparo debe ser considerada como una medida extraordinaria. Por lo tanto, por ser asumida como tal, se exige un

²⁷Artículo 18.2 d) LOPJM: “El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, 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 ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.”

²⁸Perello Domenech, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Revista electrónica Dialnet*, p. 70 (disponible en: [DialnetElPrincipioDeProporcionalidadYLaJurisprudenciaCons-174691.pdf](#), última consulta el 11/03/2020). Esta autora entiende el principio de necesidad como “examinar si la intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para su consecución. De entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados”.

examen detallado de las circunstancias del caso, a fin de establecer si suponen un ejercicio inadecuado o imposible de los deberes de protección establecidos por el legislador para la guarda de menores, que lleven a que dichos individuos se queden desprovistos de la correcta asistencia moral o material.

Se puede dar el caso en el que se dé alguna de las circunstancias antes mencionadas, pero que dicha situación no recubra la suficiente gravedad como para que sea imprescindible la separación del menor de su entorno familiar. En estos casos en los que no ocurra con la importancia suficiente bastaría con una intervención administrativa para una situación de riesgo. Se considera necesaria la intervención de las administraciones públicas para eliminar o reducir las situaciones que provocan la indefensión del menor y evitar su desamparo y exclusión social, pero sin llegar al extremo de tener que separarle de su familia de origen.

Por lo tanto, en las situaciones de desamparo a causa de la imposibilidad de cumplimiento de las medidas necesarias para el correcto desarrollo del menor, se recomienda la separación del menor de su entorno familiar, diferencia principal con la situación de riesgo. Por lo expuesto, afirmamos que la declaración de la situación de riesgo y la de desamparo son medidas que justifican la intervención de las Administraciones Públicas para garantizar la protección del menor. La gravedad en la desatención y desprotección del menor es lo que principalmente determina la aplicación de una u otra medida, y por tanto, si debe permanecer en el núcleo familiar o no.

En ocasiones se puede entender que la situación de escasez económica del menor debido a la situación de pobreza que puedan poseer los padres puede ser determinante para decretar el desamparo. Pero esa idea es falsa, pues la situación de pobreza de los tutores, progenitores o guardadores no es un factor para tener en cuenta para la valoración de dicha situación.²⁹

Un supuesto que puede suscitar dudas es aquel en el que ambos progenitores se encuentran en una situación de discapacidad.

²⁹ TS (Sala 1ª) Sentencia núm. 540/2015 de 15 de octubre, FJ3 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2015\4861; última consulta 1/04/2020). "La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores debido a una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos".

En este tipo de casos, el art. 102,2 b) de la LDOIA lo incluye como situación de riesgo y no de desamparo. Entendemos entonces como situación de riesgo, cuando el progenitor posea una discapacidad y adquiera conciencia de la responsabilidad que le supone y pueda, mediante los tratamientos correspondientes, hacerse cargo del menor.³⁰

En comparación con la declaración de riesgo la de desamparo tiene carácter subsidiario, ya que la administración pública debe ser cautelosa primero con medidas de baja intensidad para solucionar la situación de riesgo y si no funciona después proceder a las medidas definitivas.

Para poder apreciar la situación de desamparo, en la jurisprudencia³¹, se establecieron una serie de requisitos, posteriormente desarrollados por la doctrina³². Son los siguientes:

En primer lugar, el incumplimiento del ejercicio de los deberes de protección establecidos por el legislador comprendidos en la patria potestad y en la tutela. Los deberes recién mencionados son entre otros la obligación de alimentos, de ofrecerle una educación, de velar por su seguridad y de compañía.

El segundo requisito que encontramos es que, como consecuencia de ese incumplimiento, el menor se encuentre despojado de la ayuda material o moral que le corresponde y le ampara la ley. En tercer lugar, es necesario que entre el incumplimiento del ejercicio de los deberes de protección y la carencia de asistencia exista una relación de causalidad.

Y finalmente, el último requisito es que, la situación de los daños producidos al menor no pueda resolverse de modo distinto a la separación del menor de su ámbito familiar. Si no fuese así, y se pudiese solucionar manteniendo al menor en su familia de origen nos

³⁰Artículo 102,2 b) Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE 2 de junio de 2010).

³¹TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 582/2014, de 27 de octubre, FJ10 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2014\5183; última consulta 1/04/2020). “i) el incumplimiento por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor; ii) la efectiva privación para éste de asistencia material o moral.”

³² Benavente Moreda, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, 2011, p.21; Boccio Serrano, MJP., *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*. Tesis doctoral, Sevilla, 2014/2015. pp. 178 y 200.

encontraríamos ante una situación de riesgo y por lo tanto, se impondrían las medidas correspondientes dentro de su ámbito familiar.

3.2 La declaración de desamparo

3.2.1. Autoridad competente para declarar la situación de desamparo

Una vez comprendida la situación de desamparo, parece coherente proceder a analizar la declaración de dicha situación jurídica en la que se encuentra el menor.

La aparición de las circunstancias antes mencionadas no supone automáticamente la existencia de una situación de desamparo, sino que es el inicio de un proceso que concluirá con una resolución acordando la declaración administrativa. En estas situaciones el menor necesita una solución rápida y por ello un proceso ágil. Por lo tanto, la Ley 26/2015, de 28 de julio, elimina el antiguo proceso judicial de declaración de desamparo, convirtiéndolo en un proceso administrativo. Ya no será necesario ni autorización judicial previa, ni ratificación a posteriori. Sin embargo, teniendo en cuenta que la declaración de desamparo afecta a la protección constitucional de la familia, es conveniente plantearse si fuera oportuno realizar un nuevo modelo donde la jurisdicción deba supervisar y ratificar la resolución de desamparo, transcurrido un plazo prudente. Este último planteamiento resulta interesante, ya que tratándose de un tema tan trascendental para el menor como es separarle de su entorno familiar, es necesario una segunda opinión independiente que justifique la decisión de la administración.

Como defiende Ordás Alonso³³, la declaración de desamparo es un procedimiento administrativo, sin intervención judicial, que supone una pérdida de las garantías no solo del menor, sino también de sus progenitores o tutores. En opinión de esta autora, el procedimiento correcto podría ser: por un lado, que la Entidad Pública interviniera estudiando la situación lo antes posible, y si se dan las circunstancias para declarar el desamparo, iniciar un procedimiento para que el Juez decrete la situación y las consecuencias. Por otro lado, otro procedimiento adecuado sería dar a la Entidad Pública

³³ Ordás Alonso, M., “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, nº9, 2016, pp. 20-21.

la autoridad para declarar la situación de desamparo directamente, pero solicitando al Juez que declare la privación de la patria potestad.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, el Tribunal Supremo, en su sentencia 657/2012, de 15 de noviembre, estableció que todo ciudadano tiene el deber de denunciar si observa una situación de desamparo. Cuando se perciba dicha situación no es necesario la certeza absoluta, si no que la mera sospecha vale como motivo suficiente para la denuncia. El tribunal señala al respecto “la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos (...) de tal forma que para notificar una de estas situaciones no es necesaria una certeza absoluta sino una simple sospecha o indicio razonable de que esto se está produciendo”.³⁴

A lo largo de los últimos años se han dado situaciones en las que las resoluciones judiciales consideran que no hay presupuestos suficientes para declarar al menor en situación de desamparo, siendo esta la declaración inicial de la entidad pública. Por todo ello y para evitar que estas situaciones se repitan y por lo tanto, para evitar un perjuicio aún mayor en el menor, considero que la propuesta de un sistema de supervisión y ratificación es conveniente, para un mejor análisis de la situación y para que no se tenga que revertir la situación una vez constituida. Es decir, que la autoridad judicial anule o ratifique la resolución de la Entidad Pública.

Se regula en el modelo de declaración de desamparo actual, y pese a las opiniones personales, la Entidad Pública debe, cuando considere que un menor podría encontrarse en una situación de desamparo, iniciar un expediente administrativo de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Siguiendo el principio de audiencia de todo proceso tanto administrativo como judicial, se deberá oír a los progenitores, tutores o guardadores y como no, al menor. No obstante,

³⁴ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 657/2012, de 15 de noviembre, FJ2 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2013\902; última consulta 2/04/2020).

este solo será escuchado cuando sea mayor de 12 años o cuando pese a no haber cumplido dichos años tenga la suficiente madurez.³⁵

Después de haber procedido a la audiencia de los interesados, la Entidad Pública adoptará la resolución, junto con las medidas oportunas. Estará obligada a notificar dicha resolución sin sobrepasar el plazo máximo de 48 horas a los progenitores, tutores o guardadores, junto al menor (siempre que tenga más de 12 años, o la madurez suficiente). Dado que en muchas ocasiones estas situaciones se producen en circunstancias en las que el que recibe la resolución o no tiene la edad o no posee los conocimientos necesarios para entenderla si fuese de gran complejidad, el Código civil, en su artículo 172.1 establece que la información debe ser clara y en un formato accesible. Es decir, que su acceso y entendimiento sea comprensible a todos.

Dicha resolución debe incluir las causas que dieron lugar a las medidas de protección y los efectos que tendrá frente al menor y a sus progenitores, tutores o guardadores. Siempre que las circunstancias del caso lo permitan, la información deberá proporcionarse de forma presencial para todas las partes, pero más aún en especial en el caso del menor.

Una asistencia letrada sería aconsejable para la parte afectada desde que el menor sale de su entorno familiar, esta supliría la falta de conocimiento de la familia de origen en el ámbito jurídico.

Hay ocasiones, en las que el menor se encuentra en una situación que requiere una intervención urgente de la Entidad Pública, sin la posibilidad de esperar a que concluya la fase de elaboración del expediente. Ante estas situaciones, según lo establecido en el Código civil en su artículo 172.4 la Entidad Pública está autorizada para asumir la guarda provisional del menor mediante resolución administrativa, pero con el deber de informar al Ministerio Fiscal. Simultáneamente se deberá constatar la situación real de desamparo, mediante la realización de una serie de diligencias necesarias para identificar al menor y analizar sus circunstancias.

³⁵ Art. 8 CEDH. “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”.

Debido a la importancia del asunto, las diligencias deberán realizarse en un breve plazo, mediante el cual se procederá a la asunción de la tutela o de la medida de protección que corresponda. Si una vez transcurrido el plazo, la tutela no se hubiera realizado o no se hubiera adoptado cualquier otra resolución, el Ministerio Fiscal será el encargado de promover las acciones pertinentes para conseguir la adopción de la medida de protección más adecuada.

3.2.2. Medidas que se pueden adoptar en estos casos

Centrándonos en el asunto es importante analizar qué le sucederá al menor una vez se ha declarado la situación de desamparo. Esto es, qué medidas se le imponen, que siempre será la separación de su entorno familiar. Es decir, cómo les afecta a él y a su familia de origen esta situación.

La medida principal que se adopta en las situaciones de desamparo es la separación del menor de su régimen familiar de origen. Por otro lado, también es verdad que uno de los pilares fundamentales en los que se basa la protección del menor es el derecho de éste a no ser separado de su familia contra la voluntad de esta, excepto cuando la separación sea necesaria por el interés superior de este. Si bien, existen otras medidas que ayudan a la administración a concederle la máxima protección posible.

a. Asunción de la tutela administrativa

El artículo 222 CC en su apartado 4, establece que los menores declarados en desamparo estarán sujetos a tutela administrativa. Así, cuando la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma declare la situación de desamparo, asume la tutela del menor automáticamente, *ope legis*³⁶. Deberá informar al Ministerio Fiscal de las medidas de protección que considere necesarias. Cuando un menor se encuentre sujeto a una tutela civil declarada por el Juez, también deberá la Entidad Pública poner en su conocimiento las medidas de protección³⁷.

³⁶ Ópez Azcona, A., “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”. *ADC*, vol.66, nº3, 2013, p. 30.

³⁷ Artículo 172.1CC “Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela de este y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”

En este aspecto, el Código civil en su artículo 239.1 y la LOPJM en su artículo 18.3, reiteran la idea de que a la Entidad Pública obtendrá la tutela del menor, y esta decidirá quién la ejercerá.

Esta tutela requiere de su inmediatez, debido a la protección que otorga. Debe ser provisional y transitoria, pues debe finalizar cuando la causa que motivó la declaración de desamparo desaparezca. Siempre en la medida de lo posible se intentará la reinserción del menor en su familia de origen.³⁸

El Código civil en sus artículos 234.5 y 235 indica la posibilidad de que en vez de una tutela *ex lege* de la Entidad Pública haya una tutela ordinaria, en el caso de que existan personas que la puedan asumir, debido a sus relaciones con el menor o por cualquier otra circunstancia. Estas funciones tutelares deberán realizarse con garantías de idoneidad (ascendientes, hermanos y otras personas de especial idoneidad).

Sainz-Cantero Caparrós opina que cuando no se pueda nombrar un tutor civil al menor, porque no existan personas que puedan asumir dicho cargo, la administración deberá impulsar la adopción del menor. Si esta prospera finalizará la tutela administrativa. Por supuesto que esta posibilidad será aceptable cuando la vuelta del menor a su entorno familiar de origen sea imposible.³⁹ Lo que venimos a decir es que, la Entidad Pública asumirá la tutela, cuando se declare la situación de desamparo, pero dicha tutela se extinguirá cuando se constituya la tutela ordinaria.⁴⁰ No hay que olvidar que estamos en un procedimiento de protección del menor, y que por lo tanto primará como principio rector siempre el interés superior del menor.

Lo dicho hasta ahora no quiere decir que la Entidad Pública que ejerza como tutora lleve por sí misma la guarda, al contrario, delegará el ejercicio de dichas funciones legales a través de la constitución de un acogimiento.

En ocasiones, determinadas resoluciones judiciales prohíben, que se dé a conocer a los padres, tutores o guardadores del menor la situación en la que se encuentra el mismo, pero cuando esta resolución no exista y la Entidad Pública tenga a los menores bajo su

³⁸Ordás Alonso, M: “El nuevo sistema...” *op. cit.*, p. 26.

³⁹Sainz-Cantero Caparrós, J.E., “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de ley de protección de la infancia”. *Revista de Derecho Civil*, nº4, 2014. p.138.

⁴⁰Ordás Alonso, M., “El nuevo sistema...” *op.cit.*, pp. 27-28.

guarda o tutela está obligada a comunicarlo a la familia de origen⁴¹. Además como indica Salanova Villanueva, los padres, tutores o guardadores tendrán el derecho de actuar de forma activa en las decisiones que la Entidad Pública, como guardador, vaya tomando en relación con el menor. Esto es, por ejemplo, tener voz en las medidas sobre el régimen de visitas, el lugar donde el menor comenzará a vivir... Así, no solo se les deberá informar si no que deberán asistir a las reuniones que se van llevando a cabo para analizar la evolución del menor y sus opiniones deberán ser tomadas en cuenta. ⁴²

Como establece la Ley 26/2015, en su artículo 2, trece, de modificación del artículo 172 del Código Civil, la asunción por parte de la Entidad Pública de la tutela lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Pero los actos realizados por los progenitores o tutores ordinarios en representación del menor de carácter patrimonial serán válidos siempre que sean de interés para éste.

b. Determinación de los gastos económicos que se deberán abonar

En los casos que por resolución administrativa se produzca la declaración de desamparo la Entidad Pública podrá establecer la cantidad que los progenitores o tutores deberán abonar en concepto de alimentos. Por otro lado, también se determinará, en función de sus posibilidades, la cantidad a gastos procedentes del cuidado y atención del menor, sin olvidarnos de los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por estos (vid. art. 172 ter CC).

c. Régimen de visitas

Así, poniendo de manifiesto ambas realidades, y cuando para el menor sea indispensable la separación de su entorno familiar es necesario un análisis de otras medidas de protección, como es el caso del régimen de visitas.

Estas medidas suplementarias son fundamentales, bien para restringir como para mantener las relaciones entre los padres e hijos. En esta línea se debe tener en cuenta que

⁴¹ Art. 22 LOPJM: “La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba.”

⁴²Salanova Villanueva, M., “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, p.34

el menor tiene como principio prioritario el derecho a tener contacto directo y regular con sus progenitores, siempre que no vaya en contra del interés superior del mismo.⁴³

Acerca de si la Entidad Pública tenía competencia o no para, bien establecer el régimen de visitas del menor, bien para suspenderlo o restringirlo, el Tribunal Supremo se pronunció al respecto en la Sentencia número 663/2013 de 4 de noviembre,⁴⁴ defendiendo que la administración pública no poseía las facultades propias para acordar la suspensión definitiva de las visitas de un progenitor, tutor o guardador con sus hijos o tutelados. Esta medida solo se podrá acordar en casos muy excepcionales y con resolución judicial que lo permita de por medio.

Sin embargo, en el año 2015 se produce un cambio jurisprudencial con la STS número 321/2015 de 18 de junio⁴⁵. Aquí, se sienta como principio que, la Entidad Pública podrá decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los progenitores con sus hijos que se encuentran bajo tutela de la administración, sin olvidar que en estas situaciones el Ministerio Fiscal tendrá una labor supervisora y habrá un perceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada.

A modo de opinión personal, sigo el pensamiento de la doctrina jurisprudencial, pues la Administración pública es la encargada de garantizar la protección del menor desamparado, y por lo tanto, debe tener facultades para defender su interés superior en todo momento, dentro del mismo una cuestión tan importante como es el régimen de visitas. Si bien es verdad, la administración deberá favorecer ese régimen de visitas continuado, salvo que se demuestre que no es beneficioso para el menor.

La suspensión del régimen de visitas colabora al desarraigo del menor de su entorno familiar de origen. Dado la importancia de estas circunstancias, la suspensión o limitación del régimen de visitas debe estar motivado de forma bastante y excluirse en la medida de lo posible, reservándose solo a los supuestos de extrema gravedad. Por lo tanto, ni serán

⁴³ Por un lado, en el plano internacional lo regula el art. 9.3 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño y el art. 24 de la Carta de los derechos Fundamentales de la UE. En un plano nacional, el art.161 CC.

⁴⁴ TS (Sala Primera de lo Civil) núm. 663/2013, de 4 de noviembre, FJ2 (texto obtenido de la base de datos Vlex; última consulta 1/04/2020). “sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa”.

⁴⁵ TS (Sala Primera de lo Civil), Sentencia núm. 321/2015, de 18 de junio, FJ3 (texto obtenido de la base de datos Vlex; última consulta 1/04/2020). “La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela”.

admisibles criterios de suspensión basados en la correcta organización de los Centros, ni las alegadas por las familias acogedoras de que las visitas ponen nerviosos a los niños, siempre que no vayan acompañadas de motivos de más peso.⁴⁶

En opinión de Miranda Estrampes, la suspensión del régimen de visitas refleja una visión cambiada del desamparo, pues se ve más como una sanción hacia la familia de origen que como una medida protectora que busca el interés general del menor.⁴⁷

3.2.3. Oposición frente a la situación de desamparo

Una vez se ha tomado por la Administración pública, la medida para a la protección de menores se prevé, en el artículo 780 LEC, la oposición frente a la misma.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) en su sentencia número 128/2019, de 14 de marzo⁴⁸, establece que la resolución administrativa de declaración de desamparo y adquisición de la tutela de este posee presunción de legalidad. En caso de que la familia de origen discrepara, el ordenamiento jurídico prevé un proceso civil regulado en el artículo 780 LEC. Por lo tanto, se puede observar que nos encontramos con una resolución administrativa e indirectamente un posterior control jurisdiccional.

La reforma de la LEC por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre afirma como no es necesario realizar una reclamación previa en la vía administrativa para poder realizar una reclamación jurisdiccional de las resoluciones administrativas en materia civil.⁴⁹

Murillo Jaso sostiene que aunque la impugnación deba realizarse ante la Jurisdicción Civil sin preverse la reclamación previa, el interesado si así lo desea puede presentar la

⁴⁶ Ordás Alonso, M., “El nuevo sistema...” *op.cit.*, p.32.

⁴⁷ Miranda Estrampes, M.: “La Convención frente al desamparo del menor”, *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosch, 2006, p.124.

⁴⁸ AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) núm. 128/2019, FJ2 (texto obtenido de la base de datos CENDOJ: ECLI:ES:APTF:2019:586; última consulta 1/04/2020), “por la presunción de legalidad y acierto de que goza la Administración”

⁴⁹ Art. 780,1 LEC “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.”

reclamación previa de la vía civil, con el fin de que la Administración se replantee su decisión.⁵⁰

3.2.4. *El cambio de circunstancias de la situación que dio al desamparo*

Para concluir parece oportuno plantear qué sucede cuando se produce un cambio en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo.

El Código civil en su artículo 172,2 legitima a los progenitores que tengan suspendida la patria potestad, pero la sigan ostentando, o a los tutores que tengan suspendida la tutela,⁵¹ a solicitar ante la Entidad Pública el cese de la suspensión y la revocación de la resolución administrativa que declaró el desamparo. Esto será siempre y cuando las circunstancias que motivaron la reclamación hayan cambiado y se entienda que se encuentran en condiciones suficientes para asumir de nuevo la patria potestad o la tutela.

Resulta llamativo que no se haga referencia expresa al principio del interés superior del menor, como elemento a tener en cuenta por parte de la administración en el momento de acceder a la revocación de la declaración de desamparo, si bien no es necesaria tal referencia expresa, pues por mandato legislativo, es un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico. Por lo que, parece que la intención del legislador era que una vez se haya acreditado que la situación del menor ha cambiado, la administración debe acceder a la revocación de esta. Es decir, para los casos en que en el periodo de dos años los padres o tutores hubieran corregido la situación de desprotección del menor.

Parece que el legislador ha preferido sobreponer el principio de prioridad de la familia de origen, junto con la reinserción del menor a esta, sobre cualquier otro.⁵²

⁵⁰ Murillo Jaso, L., “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2003, p.277.

⁵¹ Artículo 172,2CC “los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, 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”

⁵²Pérez Álvarez, M.A., “Comentario al art. 172 CC”, *Código Civil Comentado*, vol.I, 2011,p.8.

CAPÍTULO V. EN ESPECIAL, LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EJERCIDAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. TUTELA ADMINISTRATIVA

1.1. Consideraciones generales

Ante las distintas situaciones en las que el menor se encuentra desprotegido, la Administración pública cuenta con una serie de instituciones de protección. Dentro de todas ellas corresponde ahora analizar la tutela administrativa.

Partiendo de la base de la figura de la tutela ordinaria o civil, la tutela administrativa será la institución a la que se encomienda la representación de los menores de edad, cuando los padres, tutores o guardadores no la estén ejerciendo correctamente. El Código civil establece que el objeto de la tutela es la guarda y protección de la persona y sus bienes (vid. art. 215 CC).

Esta figura se regula en el Código civil, en su artículo 222.4, que establece que los menores que se encuentren en situación de desamparo estarán sujetos a la tutela administrativa. El organismo público encargado deberá, una vez ha verificado que un menor está en dicha situación, ostentar, por ministerio de ley, la tutela y adoptar las medidas de protección necesarias, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El artículo 239.1 CC también alude a esta institución y establece que para los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá la tutela a la Entidad Pública, la cual nombrará al órgano que deberá asumir la tutela. Esta situación no implica que la Entidad tutora sea quien tenga que desempeñar directamente la guarda del menor, sino que mediante por ejemplo, la constitución de un acogimiento familiar o residencial delegará el ejercicio de las funciones de guarda.⁵³

La tutela por parte de la Entidad Pública será automática, en los casos de situación de desamparo y se extinguirá cuando se constituya la ordinaria, por lo que hay que entender

⁵³ Ordás Alonso, M., “El nuevo sistema de protección...” *op.cit.*, p. 26.

que no se trata de una tutela residual para los casos en los que la tutela ordinaria no se pudiese constituir.⁵⁴

Resulta interesante remarcar como expresa Díez García, que no será necesaria la privación de la patria potestad previa a la tutela, ya que no son incompatibles cuando su ejercicio se encuentre suspendida.⁵⁵

En este aspecto, encontramos el problema, no resuelto en la Ley 21/1987, de determinar qué relación existe entre la tutela administrativa y la patria potestad o la tutela preexistente, en las que se encontraba el menor. En opinión de Ballesteros de los Ríos, existe una incompatibilidad en relación con el ejercicio de ambas instituciones, pero no en la titularidad, en la que coexistirán las dos. Con la declaración de desamparo se atribuirá automáticamente a la Entidad la tutela, este acto produce la suspensión sólo del ejercicio de la patria potestad o de la tutela existente previamente, no produce la suspensión de la titularidad. ⁵⁶

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 25 de enero de 2017⁵⁷, estableció que al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 172 y ss. CC, es decir, las resoluciones que declaren al menor en situación de desamparo, y por esa circunstancia asuma la Administración de su tutela, se deben examinar y valorar no sólo por las circunstancias concurrentes en el momento en el que se produjo la declaración, sino que también se habrán de tener en cuenta las modificaciones que se pudieran haber producido en las circunstancias familiares del menor, en su entorno familiar, posteriores al momento de la declaración de desamparo, con el fin de determinar si los padres se encuentran ya en condiciones de asumir otra vez la patria potestad y ejercer de nuevo la guarda y custodia de los hijos, que en su día se les declaró en desamparo.

⁵⁴ Ordás Alonso, M., “El nuevo sistema...” *op.cit.*, p.28

⁵⁵ Díez García, H., “Comentario al art. 172 CC”, *Comentarios al Código Civil, Tirant lo Blanch*, 2013, p.1797.

⁵⁶ Ballesteros de los Ríos, M., “La tutela de las entidades públicas”, *op.cit.*, p.568

⁵⁷ AP de Alicante (Sección 6ª) Sentencia núm. 808/2016, de 25 de enero, FJ2, (visto en la base de datos del CENDOJ: ECLIES:APA:2017:131; última consulta 25/03/2020).

1.2. Características

La tutela administrativa posee una serie de características, que hemos ido mencionando a lo largo del apartado, pero que, a modo de síntesis y para ofrecer una mayor claridad, recogemos brevemente en este punto.

La primera de ellas es que se trata de una tutela automática, es decir no es necesaria una resolución judicial para que se constituya. Asimismo, se trata de una tutela provisional e inmediata, es decir, que finalizará en cuanto la causa que la motiva desaparezca, siempre que sea posible procediendo a la reintegración del menor en su familia y debido a que la protección del mismo se constituye de manera urgente.⁵⁸

La tutela administrativa es ejercida por los Entes Locales a los que, de conformidad con criterios de competencia territorial, se les encomienda esta tarea. No obstante, si se considera que en beneficio del tutelado hubiera personas que pudiesen hacerse cargo de la tutela, como por ejemplo familiares, se procederá a su nombramiento como tutores.⁵⁹ El cargo de tutor queda establecido por ministerio de la Ley, será una tutela legal.⁶⁰

Otra de las características que posee esta figura es que, el organismo que ostente la tutela no estará limitado en cuanto a sus funciones sólo al cuidado personal del menor, sino también a su patrimonio.⁶¹

1.3. Extinción

A lo largo de distintos preceptos del Código Civil, como el artículo 172.5 o el 276 y 277, el legislador ha regulado algunos supuestos en los que la tutela de los menores declarados en situación de desamparo, por parte de la Entidad Pública, cesará. Si bien, esto ha sido completado por la jurisprudencia y la Fiscalía, como veremos a continuación. Los supuestos, por lo tanto, que llevan a la extinción de la tutela administrativa son tres.

El primero de ellos es cuando las causas que motivaron la declaración desaparecen, pues se considera que ya no hay motivo para mantener al menor fuera de su familia de origen. Serán necesarios previamente los correspondientes informes acreditando y demostrando

⁵⁸ Ordás Alonso, M: “El nuevo sistema...” *op.cit.*, p.26-27.

⁵⁹ *Ibid.*, p.486.

⁶⁰ Ballesteros de los Ríos, M., “La tutela de las entidades públicas”, *op.cit.*, p.568.

⁶¹ *Ibid.*, p. 388.

el cese de las circunstancias que llevaron a la desprotección del menor. La circular de la Fiscalía 8/2011, de 16 de noviembre establece que “En este caso, una eventual cesación o revocación de la resolución por la que se declara el desamparo traería consigo la extinción de la tutela.”⁶²

En estos supuestos el Tribunal Supremo, como en su sentencia núm. 146/2016, de 10 de marzo, entiende que no basta acreditar un desarrollo positivo de los padres biológicos, ni su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno, sino que es necesario que la evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor.⁶³

La segunda de aquellas hipótesis se da cuando tenga lugar alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1 CC. En este sentido, el legislador establece que la tutela administrativa concluirá: cuando el menor haya obtenido la mayoría de edad; cuando haya sido adoptado; cuando fallezca la persona sometida a tutela; cuando aun no habiendo alcanzado los 18 años, se le considere el beneficio de mayor de edad; o cuando se recupere la titularidad de la patria potestad por quien la hubiere perdido.

Por último, la figura de la tutela administrativa se extinguirá cuando fehacientemente se compruebe alguna de las siguientes circunstancias: (vid. art. 172.5 CC)

- a) Que el menor se ha trasladado a otro país de manera voluntaria.
- b) Que desde que el menor abandonase voluntariamente el centro de protección, hubiere pasado seis meses, estando en paradero desconocido.
- c) Que el menor está en otra comunidad autónoma cuya entidad pública hubiere, tras dictar resolución sobre la declaración de desamparo, asumido la tutela de este, o atendiendo a las circunstancias del menor entendiere que ya no es necesario adoptar dichas medidas.

Ante el caso excepcional de que el menor se fuga a otra comunidad autónoma, se pronuncia la Circular de la Fiscalía 8/2011. Considera que en el supuesto de que un menor desamparado, que recibe atención por parte de la comunidad se marcha de la misma, no

⁶²Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*. (disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_08_2011.html , última consulta 25/03/2020).

⁶³ TS (Sala de lo Civil, Sección 1º) Sentencia núm. 146/2016, de 10 de marzo, FJ2, (visto en la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2016\838; última consulta 2/04/2020).

desaparece la situación de desamparo, si no que por el contrario se encontraría en una situación de vulnerabilidad mayor. Cesar la tutela simplemente por su cambio de comunidad sería ir en contra del interés superior del menor. El Fiscal General del Estado en la Circular al respecto establece que la tutela solo se extinguirá por las causas establecidas en el Código Civil, por lo que la Comunidad que en un principio asumió la tutela deberá seguir desempeñándola, aunque el menor no se encuentre dentro de la misma. Esto no quiere decir que no pueda realizarse mediante acuerdos entre las Comunidades la delegación ante otra Entidad Pública para el ejercicio de la tutela. Por lo que, la ilocalización del menor, al haberse fugado no justifica la extinción de la tutela.⁶⁴

2. GUARDA ADMINISTRATIVA

2.1. Consideraciones generales

Como ya hemos tenido ocasión de anunciar anteriormente, la LOPJM regula varias instituciones jurídicas que pueden utilizar las Administraciones como forma de proteger a los menores. Estos medios son la tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento. Esta última institución, que analizaremos más adelante, supone la forma específica a través de la cual se llevan a cabo la tutela y la guarda.⁶⁵

La Ley 21/1987 regula en concreto la guarda administrativa como aquella medida que se llevará a cabo por la Entidad Pública cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando su falta de capacidad para atenderlo. El Juez tendrá potestad de determinar esta medida siempre que lo considere conveniente. El Código civil, regula esta figura en los artículos 172-174.

Autores como Tena Piazuelo consideran la guarda como la situación transitoria en la que los menores se encuentran cuando, aun no estando como tal en situación de desamparo, se encuentran en peligro de estarlo. Una actividad preventiva de la Administración, con el objetivo de evitar que llegue a producirse el desamparo. Pero si esta situación necesaria

⁶⁴ Circular 8/2011, de 16 de noviembre. *op.cit.*

⁶⁵ Tena Piazuelo, I., "Panorama de la guarda administrativa de menores tras la ley de protección jurídica de 1996". *Panorama de la guarda, Revista jurídica de Navarra*, nº 24, 1997.p.248.

de guarda se prolonga en el tiempo, daría a que la administración considere constituido el desamparo⁶⁶.

2.2. Características

Esta institución jurídica posee un carácter urgente y transitorio. Se trata de una medida urgente, por el bien que jurídicamente protege que es el menor. Como hemos ido viendo a lo largo del trabajo, la importancia de proteger el interés superior del menor en todo momento lleva a la urgencia de todas las medidas que se tomen, pues el objetivo es mantener al menor el menos tiempo posible en una situación de desprotección.

Por otro lado, se trata de una medida transitoria, en el sentido que se establece “durante el tiempo que sea necesario”⁶⁷. Así, durará el tiempo necesario hasta que desaparezca la causa que lo originó, y una vez concluida volverá a la situación que poseía el menor originalmente, patria potestad o tutela ordinaria. En el caso de que deje de existir la circunstancia que la motivó y los padres no asuman nuevamente la guarda, se podrá proceder a constituir la tutela administrativa.

Otra característica importante de la guarda administrativa es que es totalmente compatible con la tutela ordinaria y con la patria potestad. Ambas figuras no desaparecen, sino que se comprimirán hasta que la guarda cese, momento en el cual volverán a adquirir su eficacia. ⁶⁸

Es importante dentro de esta figura ver quien puede solicitar la guarda. En el Código civil se establece que será aquel que tenga potestad sobre el menor (vid. art.172.2). Cuando se refiere el legislador a quien tenga potestad sobre el menor, no queda claro a qué sujetos se refiere. Dependiendo de lo que se entienda por potestad estarán legitimados los guardadores de hecho para solicitarlo o no. En este sentido, Ballesteros de los Ríos opina que si el término se emplea como sinónimo de autoridad, estarían legitimados para solicitar la guarda, todos aquellos individuos que por ley o negocio jurídico tengan poderes de guarda y custodia sobre el menor. Entre estos encontramos los guardadores de hecho que poseen el deber de diligencia y protección de los intereses del menor. Si bien,

⁶⁶ Tena Piazuelo, I., “Panorama de la guarda administrativa...” *op.cit.* p.252.

⁶⁷ Artículo 172,1 bis CC: “Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario”

⁶⁸ Ballesteros de los Ríos, M., “La tutela de las entidades públicas”, *op.cit.*, pp. 455-456

como hemos observado la guarda de hecho tiene un carácter temporal, por lo que solo podrá solicitar la guarda administrativa cuando sea en beneficio del interés superior del menor. El Juez ante esto podrá adoptar diferentes medidas como la tutela ordinaria.⁶⁹

Por otro lado, no solo los padres y tutores pueden solicitar la guarda, si no que la autoridad judicial también esta legitimada para ello. Esto es debido a que la reforma de la LOPJM ha otorgado mayores facultades a la autoridad judicial para adoptar las medidas pertinentes para la protección de los menores, de oficio, a instancia de parte o por el Ministerio Fiscal.

La guarda administrativa siempre se realizará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, encargado de velar por los intereses del menor.

Otra cuestión que se puede encontrar controvertida es la de los efectos que produce la guarda administrativa. En este aspecto Ballesteros de los Ríos hace un análisis doctrinal⁷⁰ en el que muestra como una parte de la doctrina como Gil Martínez opina, que como el legislador no los estableció al regular la figura serán aquellos que se obtengan de aplicar normas dedicadas al guardador de hecho. Por el contrario, autores como Sancho Rebullida consideran que la guarda administrativa no se podrá comparar con la de hecho, ya que si se da la segunda no habrá lugar para la primera, por no existir desamparo. Por lo que, considera que no se puede realizar una aplicación analógica de las normas de la guarda de hecho para ambas figuras. Siguiendo esta línea doctrinal aplicaremos las normas, para determinar los efectos, en las que se regula la guarda como contenido de la patria potestad o de la tutela. Compartimos opinión con estos últimos, puesto que la guarda de hecho y la administrativa son dos figuras distintas, que se dan en momentos y necesidades distintas. Por lo que aplicar los efectos de una para la otra podría suponer indefensión para el menor, bien jurídico que se trata de proteger.

2.3. Extinción de la guarda administrativa

De acuerdo con el artículo 172 CC, la guarda administrativa puede concluir por diversos motivos. Estos son:

⁶⁹ Ballesteros de los Ríos, M., “La tutela de las entidades públicas”, *op.cit.*, pp. 455-456.

⁷⁰ *Ibid.*, pp.458-459.

- Cuando concluya la situación que la originó. Si ya no hay circunstancias que originen la desprotección del menor y sospechen el posible futuro desamparo de este, el menor podrá regresar con su familia de origen.
- Cuando o bien la Entidad Pública o bien los que solicitaron la intervención de esta soliciten su cese.
- Cuando la medida de protección pase a una más duradera como la tutela ordinaria. Esto se puede dar porque se considere concluyendo las circunstancias que lo originaron los tutores ordinarios o los individuos que ostenten la patria potestad rechazan la reinserción del menor en su entorno de origen. Cuando se considere que hay un efectivo desamparo del menor por parte del guardador se procederá automáticamente a la tutela administrativa.
- Cuando se de cualquiera de las causas de extinción de la tutela.

3. EL ACOGIMIENTO

3.1 Consideraciones generales

Una vez analizadas la tutela y la guarda administrativa queda por concretar el medio que tienen las administraciones para desarrollar las mismas. Este es el acogimiento, que puede ser tanto familiar como residencial, dependiendo de las características propias del menor y lo que se considere más beneficioso para el correcto desarrollo personal de este.

El artículo 172 ter CC regula el acogimiento en sus dos modalidades. Ambos suponen alternativas para solventar la situación de desprotección del menor.⁷¹

Dentro de estas dos figuras se establece que primará el acogimiento familiar especialmente cuando hablemos de menores de 6 años. Asimismo, cuando el menor no haya llegado a cumplir los 3 años, y salvo que el interés superior del mismo aconseje lo contrario, se impondrá de manera casi absoluta el familiar como forma de resolución de la situación de desprotección (vid. art. 21.3 Ley 26/2015).

⁷¹Mayoral Narros, I.V; Frías Fiel, T; Ruiz De Huidobro De Carlos, J. Ma., “Capítulo IV: el acogimiento residencial”, Martínez García, C. (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial.*, Dykinson, Madrid, 2007. p.181.

El artículo 9 CDN, sigue el mismo criterio, por lo que entendemos que el artículo 172 ter CC merece una positiva valoración. Consideramos el acogimiento familiar más beneficioso para el menor, ya que evita la institucionalización y garantiza una convivencia familiar. En esta primacía del familiar también influyen razones económicas, ya que, frente al residencial, supone una reducción de las partidas económicas destinadas a la atención y cuidado de los menores en los centros e instituciones por la Administración Pública.

3.2 El acogimiento familiar

3.2.1 Consideraciones generales

La prioridad fundamental de la figura del acogimiento es la protección del interés superior del menor. El artículo 172.1 CC establece que interesará que el menor se encuentre sometido a un acogimiento que le permita, siempre que sea posible, su posterior reagrupación con la familia de origen, una vez hayan desaparecido las causas que dieron lugar a esta situación.

La figura del acogimiento familiar surge por la importancia que tiene para cualquier niño el recibir la mejor educación y crianza posible en el seno de una familia. Por lo que, se considera que será más beneficioso para el menor cualquier medio que incluya una figura familiar frente la internación en instituciones que no pueden sustituir estos roles.

Resulta importante recordar que el acogimiento parte de la situación de desamparo, riesgo o guarda administrativa que se encuentra un menor. La Administración Pública frente a esta situación busca la solución más favorable al interés del menor, bien por la reinserción del menor en su propia familia (vid. art. 172,4CC), o por su inserción en otra familia a través del acogimiento.

3.2.2 Regulación

La ley 21/1987, introduce por primera vez en España la figura del acogimiento de menores. Si bien, durante la Guerra Civil se implantó la denominada “colocación familiar” que se puede considerar como antecedente del acogimiento actual.⁷² Pues los

⁷²Ocón Domingo, J., “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista electrónica del ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº. 45, p.24 (disponible en:

primeros textos españoles que hablaban del moderno acogimiento familiar empleaban términos como el “alojamiento”, “albergue en familia” o la ya mencionada “colocación familiar”.⁷³

Como antecedente histórico encontramos el Decreto de 23 de noviembre de 1940 (BOE 1 de diciembre de 1940) que puso su política de protección en favor de los menores desamparados por causa derivada de la guerra civil. Resulta importante resaltarlo aquí, porque en tal Decreto se establecía, en su artículo 5 que cualquier persona que asumiera la protección de esos menores obtendría el título de tutor legal de los mismos. Pero como ya hemos mencionado, no será hasta la reforma realizada por la Ley 21/87 donde se encuentra por primera vez la figura de “acogimiento familiar”, en el capítulo V del Título VI del libro 1 del Código Civil.⁷⁴

Por otro lado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, alude a la figura del acogimiento en España, pero no otorga un tratamiento unitario de la institución.

3.2.3 *Concepto*

La Ley 26/2015, se limita a recoger los efectos que el acogimiento produce. No ofrece una definición de esta figura.

Caparrós Civera ofrece una visión muy completa de lo que supone el acogimiento familiar considerándolo el “instrumento legal de protección del menor desamparado o, en general, de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente, de forma transitoria, permanente, o con vistas a una posible adopción, dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que, siempre que sea

http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/estudio1.pdf; última consulta 27/03/2020).

⁷³ García Villanueva, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, nº4-5, Madrid, p. 90.

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 91 - 93.

posible y así lo aconseje el interés superior del menor, deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia.”⁷⁵

El acogimiento familiar supone un recurso cuando el menor de edad por diversos motivos no puede vivir con su familia de origen, bien porque no es aconsejable para el interés superior de este o bien cuando ésta no puede o quiere mantenerlo. No hay que olvidar que se trata de una medida temporal, es decir, una vez concluye la situación de desprotección que dio lugar a la misma, el acogimiento concluirá. Al finalizar la medida regresará con su familia de origen, o si no es posible, se procederá a la adopción. Es importante no confundir esta figura con la adopción, puesto que la finalidad del acogimiento, a diferencia de la adopción, es que el menor regrese con su familia de origen, siempre que sea posible y que el interés superior del mismo lo aconseje.

3.2.4 Características

Como primera característica importante de esta figura destacamos la búsqueda del interés superior del menor, que funcionará como principio informador en la regulación de esta. Es decir, se impondrá siempre que se justifique que es la solución más beneficiosa para el menor.

Por otro lado, hay que destacar el carácter temporal de esta medida. Concluirá cuando el menor alcance la mayoría de edad, por lo que no tiene carácter permanente. Y además, porque como siempre busca el interés superior del menor, hay que entender que este no es estable y podrá evolucionar a la adopción, o a la reinserción de este en su entorno familiar de origen, una vez concluya la situación que la origino.

En último lugar, hay que destacar el carácter formal de esta figura. Como observaremos al hablar de la constitución y del cese, se exigen ciertos consentimientos, la actuación de la autoridad judicial y una importante vigilancia y protección del Ministerio Fiscal.⁷⁶

⁷⁵ Caparrós Civera, N., Jiménez Aybar, I., *El acogimiento familiar, aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid, 2001, pp.73-74

⁷⁶ García Villanueva, L., “El acogimiento familiar como recurso...” *op.cit.* pp. 94-95.

3.2.5 Constitución

Las Administraciones Públicas designarán a una persona o personas para que sustituyan el núcleo familiar del menor, en el ejercicio del acogimiento.

Dado el carácter formal de esta figura la constitución requiere una serie de consentimientos y seguir un procedimiento que, aunque no se especifique en el Código civil, sí está previsto en distintas disposiciones normativas como la legislación de nuestras Comunidades autónomas.

La ley exige el consentimiento para la constitución de la entidad pública, de los acogedores y, el del menor cuando tenga madurez suficiente o haya cumplido ya los 12 años (vid. art. 173, 2CC).

Cada uno de estos consentimientos serán indispensables para la constitución administrativa de esta figura. En el caso de que se conocieren los padres del menor y no se hallen privados de la patria potestad o bien fuera conocido el tutor, será preceptivo también que presten su consentimiento. Si fallara alguno de ellos, los padres o tutores se negarán a darlo, o no comparecieran al respecto, la constitución se hará mediante resolución judicial⁷⁷. La LEC regula el procedimiento para la tramitación del acogimiento judicial, en expediente de jurisdicción voluntaria (vid. arts. 1825-1828 LEC). Debida la importancia de estos procesos y el interés de protección del menor, la intervención del Ministerio Fiscal, para la defensa de los derechos de este, será obligatoria, mientras que la intervención letrada será facultativa. Para la constitución del acogimiento el Juez deberá recabar el consentimiento de la Entidad Pública, al igual que el de los acogedores y del menor, siempre que sea mayor de 12 años o atendiendo a su madurez.

En todas estas intervenciones de la Administración en la esfera del menor se pretende que el perjuicio sufrido sea el mínimo posible. Por lo tanto, con el fin de no retrasar más la situación de incertidumbre en la que se encuentra, cuando no se conozca el paradero de los tutores o padres, se prescindirá del trámite de oírlos por parte del Juez, y procederá a

⁷⁷ Artículo 1828 LEC

dictar su resolución. El Juez dictará un Auto en el término de cinco días, dado el carácter urgente del asunto.⁷⁸

La Ley 26/2015, en su artículo 20.2, es la encargada de determinar los criterios a tener en cuenta por la Administración Pública para valorar la idoneidad y adecuación de la familia para el acogimiento. También será la encargada de determinar quienes son inhábiles para detentar la figura de acogedor, estos serán los que sean inhábiles para ser tutores.⁷⁹ Los artículos 243 y 244 CC recogen las causas de inhabilidad. Serán todas aquellas personas que no resulten idóneas para realizar la función que un cargo tutelar y la figura de acogedor supone. Los motivos de esta falta de idoneidad pueden deberse a falta de preparación, ausencia de recursos económicos, o de conducta inapropiada entre otros. El objetivo de fondo será siempre el interés superior del menor.

3.2.6 La relación jurídica del acogimiento. Derechos y deberes de las partes

En las situaciones de acogida familiar es necesario un plan de intervención con el objetivo de la integración del menor, bien para su posterior reinserción en su familia de origen o bien para la adopción o la vida independiente.

Los acogedores deberán velar por el menor, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral. Frente a estos deberes de los acogedores, nada se observa en la ley sobre los derechos de estos. García Villanueva, apunta que parece lógico realizar por analogía una similitud con los deberes del acogedor y exigir el respeto y obediencia del menor al acogedor. Así, como un padre con un hijo, el acogedor tendrá el deber de vigilancia respecto del menor, el incumplimiento de este deber llevará a la responsabilidad de la conducta dañosa que el menor haya realizado estando bajo su custodia, culpa *in vigilando*.⁸⁰

El artículo 21 bis LOPJM regula los derechos del menor acogido, tanto familiar como residencialmente, como por ejemplo el derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, derecho que actúa en ambos tipos de acogimiento. Si

⁷⁸ García Villanueva, L., “El acogimiento familiar como recurso...” *op.cit.*, p.100.

⁷⁹ López Azcona, A., “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, pp. 25-26.

⁸⁰ García Villanueva, L., “El acogimiento familiar como recurso...” *op.cit.*, pp.97.

bien en el apartado dos del citado precepto se regula los derechos específicos para el acogimiento familiar, estos son:

- Participar en la vida familiar del acogedor
- Cuando cese el acogimiento, si se considera conveniente por la Entidad pública, mantener relación con la familia de acogida.
- Solicitar información sobre el cese del acogimiento, o pedirlo por sí mismo si poseyere suficiente madurez.

3.2.7 Tipos de acogimiento familiar

De acuerdo con el artículo 173 bis CC, el acogimiento familiar puede ser de diversos tipos. En él se prevén dos criterios de clasificación. Por un lado, según la vinculación del menor con la familia que lo acoge y por otro, atendiendo a su duración y objetivos.

Si analizamos la situación atendiendo al primer criterio, el acogimiento podrá ser por la familia extensa o familia ajena. La primera de ellas será aquel acogimiento ejercido por alguno de los miembros de su familia de origen. Este tipo de acogimiento debe ser prioritario y se dará siempre salvo que la familia no pueda, no quiera o no sea adecuado que se haga cargo del menor, en función de su interés superior, en cuyo caso se procederá al acogimiento por familia ajena.

En los casos en los que se acuerde el acogimiento en familia ajena no quiere decir que el menor rompa con todo tipo de lazos con su familia de origen o su familia extensa, sino que, por el contrario, mantendrá el contacto mediante una serie de visitas programadas. Este régimen tiene especial relevancia ya que el objetivo último de la figura del acogimiento es conseguir la reintegración del menor en su familia de origen.

No queda claro qué se puede valorar como familia extensa del menor, por lo que la jurisprudencia ha ido regulando ejemplos de lo que se considera como tal. Así por

ejemplo, la STS núm. 416/2015, de 20 de julio establece que tanto los tíos, como los abuelos forman parte de la familia extensa del menor.⁸¹

La LOPJM en su artículo 20.1 regula la posibilidad de que el acogimiento en familia ajena sea especializado, es decir, que se lleve a cabo en el seno de una familia en la que al menos uno de sus miembros posea la experiencia, cualificación y formación específica, para desempeñar esta función con los menores que posean necesidades o circunstancias especiales. Si bien, aunque reciban una compensación económica por su disponibilidad, no habrá ningún tipo de relación laboral entre el acogedor especializado y la Administración pública, pues en ese caso nos encontraríamos con el acogimiento especializado profesionalizado del artículo 20.1.3 LOPJM.

Si analizamos el acogimiento atendiendo a sus objetivos y duración, encontramos tres clases distintas.

El primero de ellos es el acogimiento familiar de urgencia, es aquel previsto para los menores de seis años. Dado las características de la edad su duración no podrá sobrepasar los seis meses. Se trata de una situación temporal mientras se decide la medida de protección familiar más adecuada.

Encontramos en segundo lugar regulado el acogimiento familiar temporal. Como su propio nombre indica, posee carácter transitorio, con el objetivo de la futura reintegración del menor en su familia de origen una vez hayan concluido las circunstancias que dieron lugar a esta situación. Cuando no resulte posible la reintegración del menor se buscará una medida de protección más estable. Esta medida tendrá una duración máxima de dos años, sin perjuicio de que se pueda prorrogar cuando el interés superior del menor así lo justifique.⁸² La principal diferencia entre el acogimiento familiar de urgencia y el temporal es el plazo máximo que se prevé para cada uno de ellos.

Por último, el acogimiento familiar permanente. Este tipo se constituirá directamente en los casos en los que el interés superior del menor así lo aconseje o en casos en los que el plazo máximo de dos años del acogimiento temporal del menor se ha agotado y su

⁸¹ TS (Sala Primera de lo Civil, Sección 1ª) núm. 416/2015, de 20 de julio, FJ1,4 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2015\2786; última consulta 1/04/2020). ““Por familia Extensa”, es decir, el efectuado por los abuelos, tíos u otros parientes del menor.”

⁸² Artículo 172.4 CC y 14 de la Ley 26/2015.

reintegración en la familia de origen resulta imposible o inadecuada para el bien del menor.

En este aspecto, el legislador, establece que atendiendo al interés superior del menor, la Entidad Pública podrá solicitar al Juez, que otorgue a los acogedores todas aquellas facultades tutelares, que faciliten su desempeño.⁸³ Sin embargo, esta ampliación de las funciones no implica que la Administración pública deje de ser la tutora del menor, y por lo tanto, la última responsable de este. No desaparecen las figuras de la tutela o guarda administrativas.

El artículo 173.4, d CC, establece que la designación de un acogimiento en la categoría de permanente lleva a que el mismo se podrá prolongar hasta la mayoría de edad del menor en situación de desamparo. En el momento en que el menor sea considerado mayor de edad, esta figura cesará automáticamente.⁸⁴

La ley 26/2015, de 28 de julio, elimina el antiguo acogimiento preadoptivo y el acogimiento provisional. Anteriormente se contemplaba la posibilidad de que de un acogimiento familiar se pudiera pasar a un acogimiento preadoptivo. Esta situación se daba cuando la situación de la familia de origen o del menor, así lo aconsejaban.⁸⁵

3.2.8 El cese del acogimiento familiar

El artículo 173 CC, regula las causas de extinción del acogimiento familiar. Estas pueden ser: bien por resolución judicial, por resolución de la Entidad Pública, por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor, o bien por la mayoría de edad del menor.

En el caso de que sea el Juez el que haya establecido la medida de protección, se necesitará de una resolución judicial para que concluya. La resolución por parte de la Entidad Pública puede ser tanto de oficio, como a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, acogedores, tutores o incluso del menor, siempre que posea madurez

⁸³ Artículo 173 bis 2 c) del CC “La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor”

⁸⁴ Artículo 173.4, d CC: “El acogimiento familiar del menor cesará: Por la mayoría de edad del menor.”

⁸⁵ Aznar Domingo, A., Ruano Martín, C., “El acogimiento familiar en España. Especial consideración: El acogimiento preadoptivo”, *LEFEBVRE, Revista electrónica El Derecho.com*, 2019 (disponible en: <https://elderecho.com/el-acogimiento-familiar-en-espana-especial-consideracion-el-acogimiento-preadoptivo>, última consulta 12/03/2020).

suficiente para ello. La propuesta se hará siempre que se considere necesario para salvaguardar el interés del menor. Frente al auto que acuerda bien la constitución de la figura, como el cese de esta, cabe recurso de apelación.

3.3 El Acogimiento residencial

Una vez expuesto el acogimiento familiar, pasamos a analizar el otro modelo de acogimiento que existe, el residencial.

3.3.1 Regulación

Como ya hemos mencionado en el correspondiente apartado del acogimiento familiar la ley 21/1987, introduce por primera vez en España la figura del acogimiento de menores que hasta entonces no se empleaba como tal la figura del acogimiento.

Por otro lado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, alude a la figura del acogimiento en España. En su artículo 21 hace mención específica al acogimiento residencial. Asimismo, en el artículo 172 ter CC encontramos esta figura.

Las distintas Comunidades Autónomas han ido recogiendo este precepto, así por ejemplo 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, regula el acogimiento residencial en los artículos 109 y ss.

3.3.2 Concepto

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”, según el artículo 109 de la Ley 12/2008 de protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana.

Se trata de una medida de carácter provisional y subsidiaria. El Ministerio Fiscal y la Administración autonómica competente serán los encargados de supervisar la correcta guarda del menor en manos del director o responsable del centro.

No hay que olvidar que el acogimiento residencial tiene carácter de última ratio. Es decir, una medida de carácter excepcional que debe aplicarse como último recurso y durante el menor tiempo posible.

Esta medida pretende procurar que el menor obtenga los cuidados necesarios y propios que le proporcionarían sus progenitores, entre ellos el alojamiento. Al ser una medida de tales circunstancias no se deberá aplicar a menores de 3 años, e incluso en algunas circunstancias a menores de 6 años. En atención a la protección del menor, esta medida deberá aplicarse en un entorno lo más similar posible al de una familia.⁸⁶

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 2010 la resolución “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”. En dicha resolución limitó en su artículo 5 la responsabilidad que los Estados tienen con los niños en situación de desamparo, a cuando la familia del menor no pueda proveer el debido cuidado, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda.⁸⁷ En el artículo 14 de dichas Directrices, la Asamblea General de las Naciones Unidas hace énfasis en el carácter excepcional y temporal de la medida. Por último, cabe mencionar que el artículo 21 establece que “el recurso del acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior”, es decir, solo se aplicará para los casos en que el interés superior del menor así lo indicase. ⁸⁸

Los centros de acogimiento residencial son centros de protección de menores que asumen temporalmente tanto el cuidado como la educación de los menores que no poseen un entorno adecuado para satisfacer sus necesidades tanto afectivas, como sociales. El

⁸⁶ Bonell L., Casellas L., “Educación Social en el acogimiento residencial de menores en la Comunidad de Madrid”, *CSE Consultoría Social y Educativa, CPEESM*. pp.1-2.

⁸⁷ Artículo 5 de la Asamblea de Naciones Unidas sobre las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”: “Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas. Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada.”

⁸⁸ Bonell L., Casellas L., “Educación Social...”, *op.cit.* pp.1-2.

principal objetivo de estos centros es que los menores puedan volver a su entorno familiar de origen, y si esto no fuera posible, encontrarles un entorno familiar adecuado.⁸⁹

3.3.3 Obligaciones de las Entidades Públicas y los servicios y centros de acogimiento residencial

Las Entidades Públicas así como los servicios y centros, donde se encuentran los menores sujetos a la institución del acogimiento residencial, poseen una serie de obligaciones básicas que deben cumplir, actuando conforme a los principios rectores de la ley y con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos. Estos se encuentran regulados en el artículo 21.1 de la LOPJM.

Dentro de los mismos encontramos, entre otros: que todo menor tendrá un proyecto socioeducativo individual con revisión periódica; la potenciación de las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen; el fomento de la convivencia y la relación entre hermanos siempre que ello redunde en interés de los menores; velar por la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, etc.

3.3.4 La relación jurídica del acogimiento. Derechos y deberes de las partes

El artículo 21 bis LOPJM regula los derechos de todo menor de edad que se encuentre en situación de acogimiento, sea este familiar o residencial. Si bien en el apartado tres del citado precepto se regula los derechos específicos para el acogimiento residencial. Son los siguientes:

- Respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales.
- Derecho a participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de estas.
- En caso de queja, derecho a ser escuchado e informado de los sistemas de reclamación que posee a su alcance.

⁸⁹Acogimiento Residencial de Menores, Comunidad de Madrid (disponible en: <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/acogimiento-residencial-menores>, última consulta 12/03/2020).

3.3.5 Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta

Para los casos en que un menor acogido plantee problemas de conducta, el legislador ha previsto su acogimiento en centros de protección específicos (vid. arts. 25 y ss. LOPJM).

Estos centros específicos tendrán siempre una finalidad educativa y seguirán los principios de excepcionalidad, último recurso y proporcionalidad. Se aplicarán el tiempo estrictamente necesario, siempre respetando la dignidad, la privacidad y los derechos del menor.

Para que un menor ingrese en un centro de estas características deben cumplir una serie de requisitos: a) que se encuentre en situación de guarda o tutela de la Administración, b) que haya sido diagnosticado con problemas de conducta, es decir, que presente recurrentemente conductas disóciales, que transgredan las normas sociales y los derechos de terceras personas, c) en los supuestos de guarda voluntaria, será además necesario el compromiso de la familia a someterse a intervención profesional

No podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental (vid. art. 26.2 LOPJM).

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES

En estas últimas líneas exponemos las conclusiones que hemos ido alcanzando a lo largo del presente trabajo:

Primera: El artículo 39 de la CE recoge el deber de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia, en especial, de los sujetos menores de edad, que poseen una serie de derechos y deberes inalienables. Diversos Tratados internacionales, en los que España forma parte, comparten esta obligación, es especial, destacamos la Convención de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Con el fin de cumplir con el mandato constitucional, el legislador español promulgó la Ley 1/1996. Dicha ley fue posteriormente reformada por dos nuevas leyes, la LO 8/2015 y la Ley 26/2015, ambas, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Por lo que, el legislador a raíz de la promulgación de la Constitución se fue haciendo eco de la importancia de un sistema por parte de las Administraciones públicas que protegiese en todo momento los intereses de los menores de edad.

Segunda: Los poderes públicos tienen la obligación de fomentar tanto el libre y pleno ejercicio de los derechos de los menores, como de realizar acciones que faciliten el conocimiento y ejercicio de sus deberes en condiciones de igualdad, no discriminación y universalidad. En el momento en que alguno de los derechos reconocidos a los menores por nuestro ordenamiento jurídico falle y conlleve, para él, una situación de riesgo o desamparo, entrarán en juego los mecanismos que posee la administración para protegerle.

Tercera: El principal principio que ha regir la actuación por parte de las Administraciones públicas es el del interés superior del niño.

En todo momento, las Administraciones han de buscar el beneficio del menor. Esto, se materializa en su permanencia en su entorno familiar de origen. Si esto no fuera posible, hay que procurar su vuelta al mismo facilitando transitoriamente otro entorno lo más familiar posible y salvo que atendiendo al interés superior del menor se demuestre lo contrario, un régimen de visitas, que favorezca el contacto y facilite la posterior reinserción del menor en su familia. Se aboga por la permanencia del menor en un entorno

familiar pues se considera que así el menor tendrá un mejor desarrollo personal, siendo la familia el núcleo principal de nuestra sociedad.

Cuarta: La Administración tiene el deber de proteger y defender al menor ante situaciones excepcionales de desprotección. Estas se concretan en la situación de riesgo y en la de desamparo. La Administración debe ser cautelosa, procediendo primero a emplear medidas de baja intensidad y ya posteriormente, como última ratio, proceder a la declaración de desamparo que conlleva la separación del menor de su entorno familiar. Por lo tanto, la separación del menor de su entorno familiar es una medida extrema que sólo se aplicará cuando su permanencia en su entorno familiar de origen se haga imposible, atendiendo siempre al interés superior del menor.

Quinta: En la resolución que acuerda la situación de desamparo, con el fin de evitar que resoluciones judiciales posteriores a la misma consideren que no había suficientes motivos para declararla, y con el fin de evitar un perjuicio aún mayor para el menor, considero conveniente un sistema de supervisión y ratificación de la declaración por la autoridad judicial competente. Con el fin de conseguir un mejor análisis y evitar que en ocasiones se revierta la situación una vez constituida.

Sexta: Ante las distintas situaciones en las que el menor se encuentra desprotegido, la Administración Pública posee una serie de instituciones, en la defensa del interés superior del menor. Entre ellas se encuentran tanto la tutela como la guarda administrativa.

Séptima: La tutela administrativa es la institución a la que se encomienda a la entidad pública la protección de los hijos menores de edad, cuando los padres u otros guardadores no son capaces de asumir la misma correctamente.

Entre sus características destacamos las siguientes:

- a) Automatismo, dada la inmediatez necesaria en estas situaciones
- b) Temporalidad, pues se pretende la reinserción del menor en su familia de origen
- c) Lleva aparejada la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria: No obstante, los padres o tutores tienen la capacidad de poder realizar, siempre en beneficio y representación del menor, actos de carácter patrimonial y no solo personal.

Octava: La Administración pública puede asumir la guarda administrativa de un menor cuando sus padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar de él y así lo soliciten.

Esta figura, a diferencia de la tutela, no necesita que se declare la desprotección, sino que se constituye cuando se prevé la posibilidad de que dicha circunstancia suceda. Pues tiene carácter preventivo, con el fin de evitar que dicha desprotección de constituya.

Entre sus características destacamos las siguientes:

- a) Voluntariedad, deben solicitarla los padres o tutor del menor
- b) Temporalidad, pues supone una actuación preventiva de la Administración, con el objetivo de evitar que efectivamente se produzca el desamparo.

Novena: Tanto la tutela como la guarda administrativa se materializan en el acogimiento. El acogimiento puede ser tanto familiar como residencial. Se determinará un tipo u otro dependiendo de las características propias del menor y de lo que se considere más beneficioso para su correcto desarrollo.

Décima: En nuestro ordenamiento jurídico, entre ambas figuras, prima el acogimiento familiar, salvo que el interés superior del menor establezca lo contrario. Se considera más beneficioso ya que evita la institucionalización y garantiza una convivencia familiar. El compartir un entorno familiar ayudará al menor en su desarrollo y supondrá mejor adaptación a su nuevo entorno.

Undécima: El acogimiento familiar consiste en la inserción del menor en un ambiente familiar, alternativo a su familia de origen, con el objetivo de asegurarle la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades.

Entre sus características destacamos las siguientes:

- a) Búsqueda del interés superior del menor. Por lo tanto, solo se podrá imponer esta medida cuando se demuestra que es la solución más beneficiosa para el menor.
- b) Temporalidad: el acogimiento concluye cuando el menor pueda volver a estar con su familia de origen o, en su caso, sea adoptado o alcanzado la mayoría de edad.

Duodécima: El acogimiento residencial, es la medida de protección que supone el alojamiento y manutención del menor en un centro, residencia o institución pública, con el fin de otorgarle los cuidados necesarios, apoyo educativo y atención integral del menor.

Entre sus características destacamos las siguientes:

- a) Carácter de última ratio y subsidiaridad. Pues, se considera que el menor se desarrolla mejor dentro de un entorno familiar, si no es el suyo de origen, en uno otorgado por la Administración. Por lo que esta figura solo se impondrá cuando el acogimiento familiar no sea aconsejable por las características del caso.
- b) Estrictamente relacionada con la figura anterior encontramos su carácter provisional, durará el menor tiempo posible, ya que no es la figura más recomendable para el desarrollo personal del menor, que siempre será mejor en un entorno familiar.
- c) Al igual que el resto de las instituciones de protección del menor de las Administraciones públicas, tendrá el objetivo de reinserción del menor a su entorno familiar de origen, una vez cese la situación de desprotección.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Código Civil

- Constitución Española 1931, (disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf; última consulta el 31/03/2020).

- Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

-Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid (BOE 2 de agosto de 1995).

- 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, (BOE 17 de enero de 1996).

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero del 2000).

- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos., (BOE de 22 de noviembre de 2003).

- 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 (BOE 2 de junio de 2010).

- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 29 de julio de 2015).

- Convención Sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, (disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>; última consulta el 15 de marzo de 2020).

- Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990. (disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>; última consulta el 13/01/2020).
- Asamblea de Naciones Unidas de 15 de junio de 2009 sobre las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”.
- Convenio Europeo de Derecho Humanos. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE 6 de mayo de 1999).

2. JURISPRUDENCIA

- TC Sentencia núm. 200/2001 de 4 de octubre, FJ 4 y 6 (texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2001:200; fecha de última consulta 1 de abril de 2020).
- TC Sentencia núm. 273/2005 de 27 de octubre, FJ 7,(texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2005:273; fecha de última consulta 1 de abril de 2020).
- TC Sentencia núm. 19/2012 de 15 de febrero, FJ 5 (texto obtenido de la base de datos del Tribunal Constitucional de España: ECLI:ES:TC:2012:19 ; fecha de última consulta 1 de abril de 2020).
- TC Sentencia núm. 171/2012 de 4 de octubre, FJ 4,(texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2012:171; fecha de última consulta 1 de abril de 2020).
- TC Sentencia núm. 198/2012 del 6 de noviembre FJ. (texto obtenido de la base de datos del Tribunal constitucional de España: ECLI:ES:TC:2012:198 ; fecha de última consulta 1 de abril de 2020).

- TS (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 657/2012, de 15 de noviembre, FJ 2 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2013\902; última consulta 2 de abril de 2020).

- TS (Sala Primera de lo Civil,) núm. 663/2013, de 4 de noviembre, FJ 2 (texto obtenido de la base de datos Vlex; última consulta 1 de abril de 2020).

- TS (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 582/2014, de 27 de octubre, FJ 10 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2014\5183; última consulta 1 de abril de 2020).

- TS (Sala Primera de lo Civil,) núm. 321/2015, de 18 de junio, FJ 3 (texto obtenido de la base de datos Vlex; última consulta 1 de abril de 2020).

- TS (Sala de lo Civil, Sección Primera), núm. 407/2015, de 9 de julio, FJ 2, (Disponible en la Base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2016\260 ;última consulta el 2 de abril de 2020).

- TS (Sala Primera de lo Civil, Sección 1º) núm. 416/2015, de 20 de julio, FJ 1,4 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2015\2786; última consulta 1 de abril de 2020).

- TS (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 540/2015 de 15 de octubre, FJ 3 (texto obtenido de la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2015\4861; última consulta 1 de abril de 2020).

- TS (Sala de lo Civil, Sección 1º) Sentencia núm. 146/2016, de 10 de marzo, FJ 2, (visto en la base de datos Aranzadi Instituciones: RJ\2016\838; última consulta 2 de abril de 2020).

- AP de Alicante (Sección 6º) Sentencia núm. 808/2016, de 25 de enero, FJ 2, (visto en la base de datos del consejo del poder judicial: SAP A 131/2017 - ECLI: ES:APA:2017:131; última consulta 25 de marzo de 2020).

- AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1º) núm. 128/2019, de 23 de octubre, FJ 2 (texto obtenido de la base de datos CENDOJ: SAP TF 586/2019 - ECLI: ES:APTF:2019:586; última consulta 1 de abril de 2020).

- FGE Dictamen 6/2011, Consulta núm. 6/2011 de 1 enero, de la Fiscalía sobre el tratamiento de la guarda de hecho.

- Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. (disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_08_2011.html , última consulta 25 de marzo de 2020).

3. OBRAS DOCTRINALES

-Allueva Aznar, L. “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *INDRET. Revista para el análisis del derecho*, n. 4, 2011.

-Aranda Álvarez. E., “Sinopsis artículo 39 Constitución Española” (disponible en:<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>; última consulta el 27 de febrero de 2020).

-Arce Fernández, I., “Cuaderno recopilatorio de legislación relativa a menores de edad”, *Editorial Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias*, 2017.

-Aznar Domingo, A., Ruano Martín, C., “El acogimiento familiar en España. Especial consideración: El acogimiento preadoptivo”, *LEFEBVRE, Revista electrónica El Derecho.com*, 2019 (disponible en: <https://elderecho.com/el-acogimiento-familiar-en-espana-especial-consideracion-el-acogimiento-preadoptivo>, última consulta 12/03/2020).

-Ballesteros de los Ríos, M., “La tutela de las entidades públicas”, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (dir.), Díaz Alabart, S., (dir.), *El desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 325-768.

-Barbero Martínez, B., “Protección del menor riesgo, desamparo, acogimiento”. *UVaDOC. Universidad de Valladolid*, 2014 (disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/7221/TFGG697.pdf;jsessionid=FFE2EE4D27F2096E54309B8C7FEE08E5?sequence=1>; última consulta 27 de mayo de 2020).

- Benavente Moreda, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.15, 2011.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “La guarda y el acogimiento de menores”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9, 2015.
- Boccio Serrano, MJP., *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*. Tesis doctoral, Sevilla, 2014/2015.
- Bonell. L., Casellas. L., “Educación Social en el acogimiento residencial de menores en la Comunidad de Madrid”, *CSE Consultoría Social y Educativa, CPEESM*.
- Caparrós Civera, N., Jiménez Aybar, I., *El acogimiento familiar, aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid, 2001.
- De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España, Tomo II, Parte General*, Civitas, Madrid, 1952.
- De Palma Del Teso, A., “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”, *AFDUAM*, 15, 2011, (disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662986/AFDUAM_15_7.pdf?sequence=1; última consulta el 13/03/ 2020).
- De Vega Ruiz, J.A., “El principio de Audiencia”, Colaboración Núm. 1.343.
- Díez García, H., “Comentario al art. 172 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013.
- Duran Corsanego, E., “La autorregulación de la tutela”, *Cera*, vol.1, 2007.
- Fernández González, M.B., “Principios jurídicos que informan. La protección civil de los menores.”, Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de derecho de Familia. El Derecho. *Publicación de base de datos online, LEFEBVRE*. (disponible en:

https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=2C9C3FBEDE4512DC3E09A65FA7341841.TC_ONLINE02?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=proteccion%20del%20menor#presentar.do%3Fnref%3D7D55656C%26producto%3DA%26fulltext%3Don, consultado por última vez el 10/02/2020).

-Fernández Martín-Granizo, M., “Capacidad de Obrar por Razón de la Edad”, *espana.leyderecho.org*, 2017 (disponible en <https://espana.leyderecho.org/capacidad-de-obrar-por-razon-de-la-edad/>; última consulta 14/03/2020).

-García Villanueva, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, nº4-5, Madrid, p 89-103.

-López Azcona, A., “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016.

-Mayoral Narros, I.V; Frías Fiel, T; Ruiz De Huidobro De Carlos, J.Ma., “Capítulo IV: el acogimiento residencial”, Martínez García, C. (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial.*, Dykinson, Madrid, 2007.

-Miranda Estrampes, M.: “La Convención frente al desamparo del menor”, *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosch, 2006.

-Montejo Rivero, J.M., “Menor de edad y la capacidad de ejercicio: reto del Derecho Familiar contemporáneo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, marzo 2012.

-Murillo Jaso, L., “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2003.

-Nicolás, P. Y Romeo, S., “El régimen jurídico de la minoría de edad”, *Fundación instituto roche*, 2009. (disponible en https://www.institutoroche.es/legalnociones/6/vi_el_regimen_juridico_de_la_minoria_de_edad; última consulta el 14/01/2020).

- Ocón Domingo, J., “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista electrónica del ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº45, 2003 (disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/estudioL.pdf; última consulta 27/03/2020).
- Ordás Alonso, M., “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”; *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº. 9, 2016, pp. 43-112.
- Ortuño Muñoz, P., “Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud. La incapacitación como protección. Los internamientos en espacios residenciales”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 22, 1996, pp. 53-66.
- Ópez Azcona, A., “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, *ADC*, vol. 66, nº 3, 2013.
- Perello Domenech, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Revista electrónica Dialnet*, (disponible en: [DialnetElPrincipioDeProporcionalidadYLaJurisprudenciaCons-174691.pdf](#), última consulta el 11/03/2020).
- Pérez Álvarez, M.A., “Comentario al art. 172 del Código Civil (BIB 2011, 1755)”, *Código Civil Comentado*, vol. I, 2011, pp. 851-867.
- Ravetllat Ballesté. I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nº 2, 2012.
- Ravetllat Ballesté. I., “¿Por qué dieciocho años? la mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 2015.
- Sainz-Cantero Caparrós, M.B., “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de ley de protección de la infancia”. *Revista de Derecho Civil*, nº 4, 2014.
- Salanova Villanueva, M., “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003.

-Tena Piazuelo, I., “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la ley de protección jurídica de 1996”, Panorama de la guarda, *Revista jurídica de Navarra*, nº 24, 1997.

-Vallet De Goytisolo, J. B., “Las Instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones”, *Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil*, fascículo I, 2002, pp. 5-66.

2. RECURSOS DE INTERNET

-Acogimiento Residencial de Menores, Comunidad de Madrid (disponible en: <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/acogimiento-residencial-menores>, última consulta 12/03/2020).

- Interés superior del niño - situación de desamparo: concepto, requisitos e interés superior del menor, Universidad Pontificia de Comillas, (disponible en: <https://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-los-derechos-del-nino-id/jurisprudencia/desamparo?jjj=1523750720002>, última consulta 31/03/2020).

-Protección del menor, Comunidad de Madrid (disponible en: <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/proteccion-menor>; última consulta 12/03/2020).