



FACULTAD DE DERECHO

EL DESAMPARO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Marta Gómez Rosas
Grado en Derecho y Business Law (E-1)
Derecho Civil

Tutor: Jose María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Curso 2017-2018

RESUMEN

El presente trabajo analiza la figura del desamparo del menor en base a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español y en la última reforma relativa a la legislación de la protección de la infancia y adolescencia.

Para ello, se realiza un estudio doctrinal que es básico para la comprensión del concepto del desamparo, así como del procedimiento administrativo que conlleva la protección del menor, tanto a nivel estatal como autonómico en sus regímenes comunes y forales. Finalmente, se lleva a la práctica todo lo aprehendido a través de la interpretación de los distintos supuestos que conoció el Tribunal Supremo los tres últimos años tras la reforma.

Reconocer la magnitud de los menores afectados por esta institución jurídica en nuestro país es trascendental para continuar desarrollando los medios de protección necesarios adaptados a las nuevas circunstancias sociales, con los objetivos de otorgar a estos menores una situación estable, de reducir de este colectivo, y con la esperanza de la erradicación de esta figura.

PALABRAS CLAVE

Situación de desamparo, menor de edad, medios de protección, procedimiento administrativo, oposición a resolución administrativa, interés del menor, régimen común, régimen foral, Autoridad pública

ABSTRACT

The figure of abandonment of under age according to the Spanish laws and the latest reform in the Organic Law of Legal Protection of the under age is analyzed in the current essay.

The legal doctrine's study allows to understand the concept of abandonment, as well as the administrative procedure that entails the under of age's protection, both in national and autonomous legislations, in its common and especial regimes in the later. Finally, the analysis of the casuistry of the Supreme Court grants the interpretation of what it has been acknowledge by the legal doctrine study in the past three years.

It is significant to acknowledge the scale of under age affected by this figure in our country in order to keep developing the legal protection adjusted to the social needs. The main

objectives are to award these under age with their own rights, to reduce the scale of minors affected by abandonment and to eradicate this figure.

KEYWORDS

Situation of abandonment, under age, means of protection, public authorities, administrative procedure, opposition to administrative resolution, under age's interest, common regime, foral regime.

ABREVIATURAS

- CE: Constitución Española
- CC: Código Civil
- Art : Artículo
- Op. Cit: *Opus citatum*
- Pp: páginas
- LO: Ley Orgánica
- LEC: Ley Enjuiciamiento Civil
- LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CA: Comunidad Autónoma
- RD: Real Decreto
- AP: Audiencia Provincial
- TS: Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia Tribunal Supremo
- STC: Sentencia Tribunal Constitucional
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- DO: Diario Oficial

INDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA ESPAÑOLA SOBRE PROTECCIÓN DEL MENOR..... | 9 |
| 3. CONCEPTO DE MENOR..... | 11 |
| 3.1. Noción jurídica del menor..... | 11 |
| 3.2. La minoría de edad como estado civil..... | 13 |
| 3.3. Interés superior del menor..... | 14 |
| 3.4. Elementos estructurales de la situación del menor de edad..... | 16 |
| 4. SISTEMA DE PROTECCIÓN ANTE LA SITUACIÓN DEL DESAMPARO..... | 18 |
| 4.1. Noción jurídica del desamparo..... | 18 |
| 4.2. Procedimiento de declaración del desamparo del menor..... | 19 |
| 4.3. Situaciones de desamparo del menor fuera de su residencia habitual..... | 21 |
| 4.4. Distinción entre situación de riesgo y situación de desamparo..... | 22 |
| 4.4.1. Declaración de la situación de riesgo..... | 22 |
| 4.4.2. Procedimiento de declaración de la situación de riesgo..... | 23 |
| 4.4.3. Medidas y finalización de la situación de riesgo..... | 24 |
| 4.5. Finalización de la situación de desamparo..... | 24 |
| 5. ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS Y RELACIÓN CON LA NORMATIVA ESTATAL..... | 25 |
| 5.1. Regímenes forales..... | 27 |
| 5.1.1. Galicia..... | 27 |
| 5.1.2. Comunidad Foral de Navarra..... | 28 |
| 5.1.3. País Vasco..... | 28 |
| 5.1.4. Cataluña..... | 31 |
| 5.1.5. Aragón..... | 32 |
| 5.1.6. Islas Baleares..... | 32 |
| 5.2. Régimen común..... | 33 |
| 5.2.1. Principado de Asturias..... | 33 |

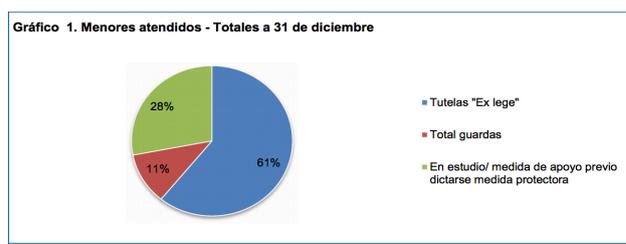
| | |
|--|----|
| 5.2.2. Cantabria..... | 34 |
| 5.2.3. La Rioja..... | 35 |
| 5.2.4. Castilla-León..... | 35 |
| 5.2.5. Madrid..... | 36 |
| 5.2.6. Extremadura..... | 37 |
| 5.2.7. Castilla-La Mancha..... | 37 |
| 5.2.8. Comunidad Valenciana..... | 37 |
| 5.2.9. Andalucía..... | 38 |
| 5.2.10. Murcia..... | 39 |
| 5.2.11. Islas Canarias..... | 39 |
| 5.3. Ciudades Autónomas: Ceuta y Melilla..... | 40 |
| 5.4. Valoración del análisis comparativo de las CC.AA..... | 40 |
| 6. JURISPRUDENCIA..... | 41 |
| 6.1. Sentencias Tribunal Supremo del 2015..... | 41 |
| 6.2. Sentencias Tribunal Supremo del 2016..... | 43 |
| 6.3. Sentencias Tribunal Supremo del 2017..... | 45 |
| 6.4. Doctrina jurisprudencial consolidada..... | 47 |
| 7. VALORACIÓN CONJUNTA..... | 47 |
| 8. CONCLUSIONES..... | 48 |
| 9. BIBLIOGRAFÍA..... | 49 |
| 9.1 Libros..... | 49 |
| 9.2. Otros..... | 50 |
| 10. ANEXOS | |
| 10.1. Legislación..... | 50 |
| 10.2. Comunidades Autónomas..... | 51 |
| 10.3. Jurisprudencia..... | 52 |

1. INTRODUCCIÓN

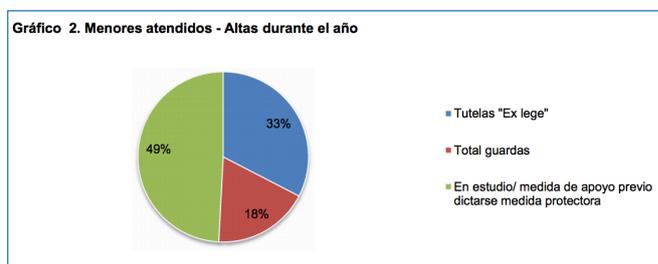
La situación de desamparo de los menores es una realidad que debemos conocer porque, aunque pueda pasar desapercibida, afecta tanto a nivel estatal como mundial a un gran número de niños, por lo que es de vital importancia entender la base fundamental de esta figura y los mecanismos de protección que se utilizan para erradicar este problema en nuestra sociedad.

Según datos de 2017 del Observatorio de Infancia en España, más de 42.000 menores fueron atendidos en esta situación, y aunque muchos de ellos han conseguido la protección que les corresponde, otros muchos siguen a la espera de una decisión sobre su futuro.¹

Los menores atendidos en España durante ese año fueron 42.628, de las que 25.952 son tutelas *ex lege* en las que se asume la tutela por ministerio de la ley, 4.724 son guardas voluntarias y 11.952 se encuentran en estudio previo a dictarse una medida protectora, que corresponden con los porcentajes representados en el siguiente gráfico.



El siguiente gráfico determina las altas o guardas de los menores de 2015, que se comparan con el gráfico anterior que determina el número total de expedientes abiertos al final de ese año, de tal forma que se entiende que, 7.100 menores obtuvieron un alta por tutela *ex lege* en un centro, 3.968 menores por solicitud expresa de quien tuviera la potestad sobre el menor ante la entidad pública y 10.7070 menores seguían como objeto de estudio o de la medida de apoyo previo a dictarse la medida protectora.



¹ Observatorio de la Infancia, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, número 18, Datos 2015, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid 2017.

Estos datos elevados representan la relevancia práctica del estudio del desamparo del menor y la necesidad de establecer medidas de protección más eficaces para que pueda ejercer sus derechos con las mismas condiciones que otros niños que hayan podido tener más suerte en su ámbito familiar, escolar o social.

La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 otorga una nueva perspectiva sobre la protección de los menores, por lo que España, al ser uno de los estados adheridos a dicho Convenio, ha puesto los medios para garantizar el desarrollo integral y personal de los menores y la igualdad de sus condiciones ante este tipo de situaciones.

El motivo por el que he elegido este tema a tratar es la relación directa que he tenido con menores de edad, bien fuera por vínculos familiares, de amistad, voluntariados o trabajos y como consecuencia de los años que he dedicado al estudio del Derecho, el interés por conocer las soluciones jurídicas que otorga el Derecho español ante situaciones en las que sea necesario otorgar una protección especial por parte de los poderes públicos.

Este estudio supone adquirir el conocimiento de las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico para evitar o resolver estos conflictos, que en ocasiones pueden resultar eficaces pero que en otras ocasiones devengan en irresolubles. Esta situación supone un verdadero problema en el desarrollo de estos niños pues las consecuencias a nivel personal y psicológico resultan preocupantes y pueden tener futuras secuela. A su vez, es sorprendente que no se haya estudiado esta figura lo suficiente, ya que no es conocido ni apoyado por la mayoría de la sociedad española, quizá porque no se le da la retransmisión suficiente para poder ayudar a todos estos niños.

Es notoria la situación de vulnerabilidad de los menores frente a este tipo de situaciones y es por ello que la regulación de medidas que otorga la ley debería ser más efectiva con la finalidad de reducir la gran mayoría de menores que aún se encuentran en esta situación. La solución inicial siempre deberá ser la integración en la familia propia cuando sea posible, por lo que se deben dar todas las facilidades a estas familias para evitar este tipo de situaciones y mantener al menor en el seno familiar, siempre en su interés superior.

El objetivo principal de este trabajo es analizar la situación de desamparo en el marco de la protección de los menores, probablemente la más problemática en la que puede encontrarse un menor. Por tanto, no se trata de un estudio de la capacidad del menor ni de sus derechos a

nivel general, sino del estudio de esta figura jurídica y de la consiguiente protección de los poderes públicos.

Los objetivos concretos de este trabajo son: conocer la evolución legislativa y en concreto las recientes modificaciones de 2015, estudiar qué entiende la doctrina por situación de desamparo y el procedimiento que llevan a cabo las Autoridades Públicas, determinar el régimen especial de cada Comunidad Autónoma y las competencias que tienen sobre los menores y finalmente, un repaso a los supuestos más relevantes desde la última modificación de la legislatura.

La metodología utilizada en este trabajo corresponde a un análisis de derecho positivo; construcción doctrinal de conceptos de una institución jurídica recientemente afectada por una reforma de ley, unida a un análisis comparativo de los regímenes legales de las distintas Comunidades Autónomas, y por último un estudio jurisprudencial de las decisiones sobre la materia en los últimos años.

Por ello, el plan de exposición será el siguiente:

1. La Ley Orgánica 1/1996 sobre la Protección Jurídica del Menor² y su posterior modificación ayuda a comprender la evolución legislativa que han tenido las herramientas utilizadas para la protección de estos sujetos de Derecho.
2. Estudio del concepto del menor y del desamparo basado en la doctrina y en las leyes correspondientes.
3. Se realiza un estudio sobre las normativas autonómicas relativas a la cuestión del desamparo del menor y se compara con la legislación estatal.
4. Se procede a un estudio sistemático y completo de la jurisprudencia de los tres últimos años.

El estudio de esta figura es necesario para entender la realidad de muchos menores. Aunque el ordenamiento jurídico los dote de protección primariamente organizada a través de la institución de la familia, cuando esta protección no es efectiva, se produce el desamparo. Es fundamental la actuación de los poderes públicos, ya que los menores no tienen la capacidad necesaria para resolverla por sí mismos.

² Su publicación en el BOE data del 17 de enero de 1996

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Una vez planteados los objetivos principales a tratar en este trabajo, conviene hacer referencia al proceso de renovación normativo que ha afectado a la figura del desamparo durante estos últimos años.

El artículo 39 de la Constitución Española establece como mandato principal a los poderes públicos asegurar tanto la protección social, económica y judicial de la familia, como la protección de los niños según lo previsto en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Dependiendo de las necesidades de la sociedad en cada momento histórico, se concretaba un marco de protección distinto que ha dado lugar a la incorporación de nuevos conceptos y distintas leyes que regulan la protección de los menores.

En primer lugar, debe señalarse la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción³. En lo relativo a la protección del menor, se adoptaron una serie de medidas con la finalidad de acelerar los procedimientos por los que las Administraciones Públicas asumían la tutela del menor. Además, quiso resaltarse la importancia del interés superior del menor como eje principal en las decisiones adoptadas sobre su situación, así como de la actuación del Ministerio Fiscal.⁴

Sin embargo, las nuevas necesidades de la sociedad de aquel momento provocaron una nueva revisión cuyo producto fue la creación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996. Esta nueva Ley resultó ser un nuevo marco regulador que garantizaba la aplicación uniforme de las normas sobre todo el territorio español y, definitivamente ha servido como guía a las Comunidades Autónomas en la redacción y aprobación de sus propias normativas en materia de protección de menores y asistencia social. Destacar que fue en este nuevo marco normativo donde se inauguró el concepto de desamparo (anteriormente denominado como abandono).⁵

³ Su publicación en el BOE consta de 17 de noviembre de 1987

⁴ Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

⁵ Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero.

En último lugar, las nuevas circunstancias sociales provocaron de nuevo una revisión de la normativa de la que surgió la modificación del 29 de julio de 2015 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que viene acompañada a su vez de una Ley ordinaria.

Con ella se adaptaron principios de actuación administrativa, se revisaron instituciones como la situación de desamparo y se crearon otras como la situación de riesgo, con la finalidad de otorgar soluciones acordes a la situación del menor, bien sean de carácter temporal o duradero. A su vez, se regulan todas las garantías que se prestan tanto a los menores como a sus familiares durante el proceso, como las medidas que se adoptan frente al menor: acogimiento familiar, residencial o adopción. Esta nueva reforma incide *en la importancia de la flexibilización de las prácticas profesionales y de la diversificación de las instituciones jurídicas*⁶, ya que repercuten positivamente en la calidad de los sistemas de protección a la infancia, que se inclinarán siempre por el acogimiento familiar. Deben destacarse las reformas relativas a los artículos 2 y 9 LOPJM que regulan el principio del interés superior del menor y el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo respectivamente; conceptos que se han estudiado en profundidad en distintos apartados de la investigación.

Finalmente, en la exposición de motivos de la Ley ordinaria 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷ se encuentra una enumeración de supuestos concretos que se han derogado o reformado tras la vigencia de esta ley⁸, divididos en cuatro sectores principales: modificaciones relativas a la Ley Orgánica de Protección del Menor, modificaciones al Código Civil, modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil y por último, menciona las disposiciones finales que afectan a diversas leyes: Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Ley de Autonomía de los Pacientes, Estatuto de los Trabajadores o Ley de Protección a las Familias Numerosas.

Aunque ha supuesto un avance en la regulación de la materia de protección del menor, muchos autores critican los problemas que puedan existir por la duplicidad de normas sobre la misma materia entre el Código Civil y la Ley Orgánica.

⁶ Exposición de Motivos de modificación del 29 de julio de 2015 de la LOPJM

⁷ Publicado en el BOE el 29 de julio de 2015

⁸ Ejemplos de la reforma son el artículo 172, por la que se renueva el plazo máximo para la notificación de la oposición a la resolución administrativa desde la notificación de dos años y la reforma del artículo 173 ter, por la que se suprime el acogimiento provisional o preadoptivo, pues dicha figura se considera en la actualidad como el inicio del propio procedimiento de adopción.

3. CONCEPTO DE MENOR

3.1. Noción jurídica del menor

Los menores son aquellos sujetos que forman parte de la sociedad, que, debido a la situación de vulnerabilidad que representan, necesitan de una especial protección para que sus derechos se garanticen sin ningún tipo de discriminación. Así pues, el legislador debe establecer una serie de medios de protección con el fin de favorecer el desarrollo integral del niño.

Esta vulnerabilidad es resultado de dos etapas: la infancia y la adolescencia. GUARDINI define la infancia como “la crisis del nacimiento, por el cual el niño pasa del seno materno, donde vive en la esfera vital de la madre, a una vida separada e individual en un mundo hostil”⁹ y la adolescencia como “la irrupción de dos impulsos básicos, la autoafirmación individual y el instinto sexual, que debe integrar para llegar a ser uno mismo, asumiendo como persona la libertad y responsabilidad propias y adquiriendo una opinión propia sobre el mundo y el lugar que se ocupa en él”.¹⁰ Estas dos etapas requieren una protección que suele venir dada por los padres, y es por ello que el Derecho configura la familia como una institución social, donde los menores, como sujetos de Derecho, deben desarrollarse adecuadamente para su maduración.

Para determinar jurídicamente estas etapas, según la madurez del menor, el Derecho puede acoger el criterio objetivo o cronológico (basado en la edad) o el criterio subjetivo (basado en las condiciones de madurez del menor). Por ello surge una primera noción jurídica del menor de edad, opuesta al mayor de edad, por cuanto el primero denota “la condición de quien no puede valerse por sí mismo”¹¹, que se ha generalizado como aquel que sea menor de dieciocho años; mientras que el segundo sujeto es aquel “que, a efectos jurídicos, puede valerse por sí mismo”. MARTINEZ DE AGUIRRE define la figura del menor emancipado como “aquel a quien, siendo menor de edad, se le habilita como si fuera mayor de edad” y por lo tanto conforma “una institución que flexibiliza la edad como criterio objetivo de la mayoría de edad”¹²

⁹ GUARDINI, R. “Las etapas de la vida”, Madrid 2006 pp. 35-3

¹⁰ *Ibidem*, pp. 45.

¹¹ RUIZ HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a. “El concepto del menor” en Martínez García, C. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Madrid 2016 pp. 73.

¹² MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”. *ADC*, 1992, pp. 1450 y ss.

En España, la mayoría de edad se fijó a los 18 años por el Real Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978, y posteriormente se estableció en el artículo 12 CE, confirmando así el criterio objetivo y cronológico expuesto al determinar “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”, que coincide a su vez con el artículo 315 Código Civil.

La Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 coincide con el criterio que determina el Derecho español, pues su artículo 1 define como niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Existe un debate que no ha dejado indiferente a la doctrina relacionado con la semántica de las palabras “niño”, “joven” y “menor” que expone DURÁN AYAGO señalando que: “Son conceptos que se utilizan indistintamente, llegando a emplearse varios de ellos incluso en un mismo documento. No es bueno introducir la sinonimia entre conceptos que no tienen por qué gozar de esta concepción. Además, es importante conservar distintas expresiones porque no se pueden equiparar a las cualidades de esas personas durante la larga etapa de su minoría de edad”¹³

La postura que adopta DURÁN AYAGO frente a este debate semántico es la siguiente: el concepto de “menor” deberá utilizarse solo en aquellos supuestos en los que la situación se refiera jurídicamente a aquel sector de la población menor de edad que representa un índice superior de vulnerabilidad al encontrarse en una situación irregular, en la que no puede ejercitar sus derechos ni satisfacer sus necesidades básicas. En cambio, se denominará “niño” a aquel menor protegido por los medios que otorga el Estado, pues en todo momento se atiende a sus necesidades básicas, de tal forma que puede ejercitar sus derechos correctamente. Por último, “joven” no hace referencia a un sector concreto de la población, ya en este concepto se incluye tanto menores de edad como mayores de edad, y por tanto, no deberá utilizarse en determinados ámbitos que tienen como finalidad diferenciar ambas figuras.

Sin embargo, aunque la cuestión haya creado debate entre las distintas posiciones de la doctrina, no ha tenido ningún efecto posterior respecto a la denominación de convenios internacionales. Esto se puede comprobar con ejemplos como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención relativa a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de los Niños en la Pornografía, en los que se regula una serie de medidas con la

¹³ DURÁN AYAGO, A. *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid 2004 pp.33

finalidad de proteger en determinadas situaciones a aquellos menores de edad imposibilitados para ejercer sus derechos, pero sin embargo, se les denomina como “niños”.

3.2 La minoría de edad como estado civil

RUIZ DE HUIDOBRO establece que el origen del concepto del estado civil surge en la Antigua Roma al distinguirse tres tipos de *status* que clasificaban a la sociedad dependiendo de la posición que ocupaba cada persona en ella. De esta manera, *los individuos en función de la posición que tenían gozaban de una determinada capacidad jurídica y, por tanto, se deducía su calidad como sujeto de Derecho.*¹⁴ La Revolución Francesa rompió con este esquema al proclamar la igualdad de todos los individuos, por lo que se debía reconocer a todas las personas con las mismas circunstancias la misma capacidad jurídica.

El estado civil según FEDERICO DE CASTRO es *la cualidad del individuo por la situación que ocupa en la organización jurídica, que afecta a su capacidad de obrar; pudiendo concurrir en una persona varios estados civiles, y para averiguar la capacidad de obrar de una persona (...) hay que estar al resultado que produzca la posible concurrencia de los estados*¹⁵.

Tras la reforma de la CE de 1978, se estableció que la capacidad de obrar “solo puede ser limitada o restringida por la razón de inmadurez o desvalimiento siempre para la protección jurídica del propio individuo”. Razón por la que en la división de los estados civiles se encuentran aquellos que afectan a la capacidad de obrar como son *el menor de edad, menor emancipado, mayor de edad, incapacitado total y parcial, y declarado pródigo*.¹⁶ Así pues, el estado civil del menor, y como consecuencia su capacidad de obrar, determinarán la normativa aplicable a su persona, por la que se le otorga un régimen jurídico de tutela y garantías (del que se excluye al menor emancipado) cuya finalidad es suplir el desvalimiento o inmadurez mencionados

Esto tiene como fundamento principal suplir el desvalimiento o inmadurez natural mencionados a través a través de la actuación de las Entidades públicas competentes sobre la

¹⁴ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a. “El concepto del menor” en Martínez García, C. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Madrid 2006 pp. 76

¹⁵ DE CASTRO BRAVO, F. *Derecho Civil en España* p.71

¹⁶ RUIZ HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a. “El concepto del menor” en Martínez García, C. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Madrid 2016 pp. 78

materia del menor, la aplicación de medidas de protección dependiendo de la situación concurrente y del reconocimiento de derechos especiales siempre en su interés.

3.3. Interés superior del menor

Es necesario analizar el concepto del interés superior del menor, debido a que se utilizará en repetidas ocasiones en el estudio de las distintas formas de protección del menor. Para ello, se analizará utilizando dos puntos de vista: doctrinal y legal.

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño establece: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁷. Se establece como uno de los *cuatro supra-principios, junto con el derecho a la vida, el derecho a la no discriminación y el derecho a ser escuchado.*¹⁸

A su vez, el artículo 11 LOPJM recoge el interés del menor como uno de los principios básicos rectores de la actuación administrativa de la protección a la infancia y a la adolescencia en España.¹⁹ El alcance de este principio es remarcado por DE PALMA ya que estipula *que el principio del interés superior del menor constituye el principio jurídico básico de todo el Derecho relativo a menores*”²⁰

Sin embargo, este concepto jurídico es indeterminado, por cuanto no hay una explicación concreta del mismo. Según MORENO-TORRES SÁNCHEZ, la publicación de las nuevas normas estatales relativas a la protección jurídica del menor en 2015 han provocado que las instituciones públicas, Tribunales y órganos legislativos tengan en cuenta este principio para las decisiones relativas a las situaciones que afectan a los menores de edad, de tal manera que es necesario el otorgamiento de una serie de criterios para determinar el alcance en cada caso, ya sea tanto en la esfera pública como en la privada..

Así mismo, establece que existe una triple naturaleza del interés superior del menor: “En primer lugar, derecho sustantivo y subjetivo del menor directamente invocable ante los

¹⁷ “Se refiere tanto a legisladores como a jueces que utilicen en sus decisiones el principio del interés del menor” BECEDÓNIZ, C; GONZÁLEZ-BUENO, G; LÁZARO, I; MARTÍNEZ, C., Guía metodológica para la elaboración de los informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia, Oviedo, 2015

¹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, C. “Consideraciones generales acerca del sistema de protección de menores en España” *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid 2016 p.387

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés superior del menor*. Madrid 2000.

²⁰ DE PALMA DEL TESO, A. *Administraciones públicas y protección de la infancia*, Madrid, 2006, p. 113

Tribunales. En segundo lugar, supone un principio general informador e interpretativo, pues ante varias interpretaciones de una norma, se elegirá siempre la que corresponda al interés superior del menor. En último lugar, norma de procedimiento con todas las garantías, debido a que si no se sigue el procedimiento se viola el derecho y se podrá recurrir ante el Juzgado”²¹

Los criterios de aplicación e interpretación a los que apelaba MORENO-TORRES SÁNCHEZ se encuentran en la nueva regulación del apartado segundo del artículo 2 de la LOPJM. Al recoger la nueva doctrina del Comité de Derechos del Niño, solventan esta indeterminación jurídica, cuestión que no se podía permitir al ser un principio primordial. Los criterios que deben evaluar las Administraciones Públicas a la hora de tomar una decisión son los siguientes:

1. *“Derecho a la vida: necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
2. *La consideración de los deseos, sentimientos, opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente en el proceso de determinación de su interés superior*
3. *Derecho a que su vida tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen*
4. *Identidad, cultura, religión y atención a la discapacidad”*

Los elementos de ponderación atenderán a una serie de principios de necesidad y proporcionalidad regulados en el tercer apartado entre los que se encuentran “*la edad y madurez del menor*”, “*la igualdad y no discriminación*” y “*la estabilidad de las soluciones*”.

La finalidad de la valorar el interés superior del menor es garantizar una serie de cuestiones en el proceso que el quinto apartado del artículo 2 LOPJM enumera así:

1. *Derecho del menor a ser informado, oído y escuchado/participar*
2. *Intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos*
3. *Participación de progenitores, tutores o representantes/Defensor judicial/Ministerio Fiscal*
4. *Decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas*

²¹ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales*. Málaga 2015 pp.17

5. *Recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor.*

Con la finalidad de determinar cómo decidir en estos supuestos, el cuarto apartado del artículo 2 LOPJM establece una serie de pautas, teniendo siempre en cuenta que el interés superior del menor debe anteponerse a los derechos de las terceras personas, sin que estos se vean perjudicados:

1. *En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

2. *En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

3. *Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor, deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas.*²²

3.4. Elementos estructurales de la situación del menor de edad

La protección del menor se funda en dos pilares básicos como son la protección que otorgan las instituciones reguladas por ley y la limitación de la capacidad de obrar del menor.

La protección puede dividirse en dos grupos que determinó MARTÍNEZ DE AGUIRRE²³. En primer lugar, el *institucional*, creado por una serie de instituciones que cubren todas las posibles situaciones a las que puede enfrentarse el menor. Se divide en tres niveles distintos: la patria potestad, la tutela ordinaria a cargo de un tutor familiar o allegado y el defensor judicial.²⁴ En segundo lugar, el *funcional*, que surge en el momento en el que se declara la situación de desamparo del menor cuando la medida protectora anterior no ha surtido efecto, de tal manera que la sustituye por la tutela de la entidad pública correspondiente. Ambas se ejercerán siempre en el interés superior del menor.

²² MORENO-TORRES SÁNCHEZ J. *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales*. Málaga 2015 pp 18.

²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *ADC*, 1992, pp.1463 y ss.

²⁴ “Los protectores legales ostentan la guarda física, la administración de sus bienes y la representación legal del menor” RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a. “El concepto del menor” en Martínez García, C. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Madrid 2016 pp. 82.

La limitación de la capacidad de obrar del menor es el segundo pilar básico de su protección. Como bien sabemos, la inmadurez natural que representan los menores y su consiguiente vulnerabilidad, implica que el ordenamiento jurídico haya dispuesto una serie de métodos para que el menor pueda tomar decisiones que frecuentemente se le impiden.

SOLÍS DE OVANDO determina que son tres criterios los que definen una situación de desamparo: *a) las personas responsables de cubrir las necesidades básicas del menor no lo hacen; b) esa situación no es contrarrestada por nadie que lo atienda, c) el menor ha sufrido o está en grave riesgo de un daño significativo*²⁵

La solución que otorga el ordenamiento jurídico es la figura de una tercera persona mayor de edad que ostente la capacidad de obrar suficiente como para representarle en sus actos y solucionar el problema relativo a la capacidad del menor. Esta tercera persona será su protector legal, titular de la institución protectora definida anteriormente. Así pues, el menor no responderá de los actos que haya realizado. Si esos actos fueran lícitos, se les dejaría sin efecto alguno, mientras que en el supuesto contrario, si esos actos fueran ilícitos, quien debería responder sería el representante legal del menor.

En conclusión, el Derecho español reconoce al menor como sujeto de Derecho que goza de una protección jurídica integral, al carecer de capacidad para obrar por sí mismo, que pretende garantizar su interés superior sin romper con el vínculo fundamental de la institución de la familia.

Por todas estas razones, la fijación de la mayoría de edad implica que en el momento del paso de la menor a la mayor edad, el que anteriormente era menor, debe haber madurado dentro de la sociedad de tal forma que se le pueda reconocer la capacidad jurídica suficiente como para poder decidir y actuar por sí mismo, y como consecuencia, ser capaz de responder jurídicamente por sus actos.

El segundo objetivo de este trabajo se cumple al analizar la intervención de la Administración Pública, obligatoria en esta figura jurídica al considerarse la solución principal ante la falta de capacidad de obrar del menor. Esta protección de la Administración Pública se caracteriza por ser funcional al sustituir la tutela de la patria potestad por la propia Entidad.

²⁵ SOLÍS DE OVANDO, R., *Diccionario de política e intervención social sobre la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, 2014, p.64

4. SISTEMA DE PROTECCIÓN ANTE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

4.1 Noción jurídica del desamparo

El artículo 39 de la Constitución Española, tal y como se ha expuesto durante lo visto en el trabajo, establece como mandato legal a los poderes públicos asegurar la protección tanto social, como económica y judicial de la familia, de acuerdo con los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los menores.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”

Estos dos artículos sirven como referencia para regular la figura del desamparo, pues en primer lugar, establece el mecanismo de protección doble entre los poderes públicos y la familia sobre el menor, que ayudaron a la reforma del artículo 172 del Código Civil y siguientes y a la creación de todas las normas vigentes sobre la protección jurídica del menor.

La Real Academia Española define desamparo como “acción y efecto de desamparar”, por lo que remite al concepto de desamparar que supone “abandonar, dejar sin amparo ni favor a alguien o algo que lo pide o necesita.”²⁶

A nivel jurídico, los artículos 172 del Código Civil y el artículo 18.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor definen el concepto de desamparo que será de aplicación estatal. En el 172.1.2 CC se establece: *“se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento 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.”*

Por otro lado, el artículo 18 LOPJM establece una enumeración de casos específicos en los que se entiende que debe dictarse la situación de desamparo. Entre ellos deben destacarse

²⁶ Real Academia Española. Diccionario de Lengua Española (disponible en <http://dle.rae.es/?id=CQoDPlI> ; última consulta 20/03/2018)

como más recurrentes a la hora de dictar la situación del desamparo del menor, como podrá verse en el último apartado de este trabajo relativo a la jurisprudencia, los siguientes: el riesgo para la vida, salud e integridad física por consumo de sustancias, abusos o malos tratos; el riesgo para la salud mental por falta de atención grave como consecuencia de un trastorno mental de los progenitores; la ausencia de escolarización y el abandono del menor.

Como puede observarse en estos casos específicos regulados por dicho artículo, son situaciones extremas en las se encuentra el menor por una incapacidad de sus progenitores o tutores de llevar a cabo las obligaciones y deberes que surgen de la patria potestad o tutela. La vulnerabilidad del menor ante esta situación provoca la actuación inmediata del Estado.

La redacción de este artículo implica la creación de un concepto jurídico indeterminado, con una cláusula final abierta que supone el estudio por parte de las autoridades competentes, de cada Comunidad Autónoma sobre cada caso con la finalidad de declarar la situación de desamparo del menor.

Por todo ello, entendemos el desamparo como aquella situación en la que es necesaria la intervención de la Administración Pública competente para la salida del menor de la familia de origen, bien temporalmente o bien definitivamente.

4.2. Procedimiento de la declaración de la situación de desamparo del menor

El procedimiento de la declaración de desamparo está regulado en el art. 172 CC y ss.

Según MARTÍNEZ GARCÍA, la declaración de desamparo es un procedimiento administrativo por el que *se va conformando la voluntad de la Entidad Pública de protección de menores. Es el cauce que debe seguirse para garantizar el acierto de la resolución y la garantía de la defensa y protección de los derechos de todos los implicados*²⁷

En el primer apartado de dicho artículo, se establece que el procedimiento de declaración se iniciará de oficio por la Autoridad Pública competente sobre la tutela del menor e implica la suspensión automático o remoción de la patria potestad o tutela sobre el menor, que la asumirá el órgano competente. La Autoridad Pública puede adoptar medidas con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución. Esta deberá notificarse a los interesados como progenitores, tutores o guardadores y al menor si superase la edad de doce años en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. En caso de que no se tomaran las medidas necesarias o no se

²⁷MARTÍNEZ GARCÍA, C. “Situación de desamparo y tutela administrativa” *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid 2016, p.404

hubiera notificado a los interesados, el Ministerio Fiscal deberá promover las acciones. Supone por tanto un proceso rápido para evitar cualquier daño que pueda repercutir al menor.

Una vez cerrada la fase de iniciación, procede examinar la fase de instrucción (art. 172.2). En ella, la legitimación activa, que corresponde a los progenitores o tutores que ostentan la patria potestad privada pero suspendida, podrán presentarse alegaciones, pedir pruebas o solicitar expedientes ante el juzgado. A su vez, en un plazo de dos años desde la resolución administrativa, podrán solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de desamparo, facilitando la información necesaria para corroborar el cambio de circunstancias dentro del ámbito familiar, acordes con el interés superior del menor.

Respecto del interés del menor, el apartado tercero de dicho artículo regula un precepto lógico, pues si la medida adoptada no cumple con este principio básico de actuación administrativa, la Autoridad Pública deberá revocar de oficio la declaración de situación de desamparo

MARTÍNEZ GARCÍA realiza una crítica muy llamativa y posiblemente muy práctica sobre el carácter facultativo y no vinculante de los informes técnicos de la *situación psico-social* en la que se encuentra el menor durante el desamparo. Entiende que deberían revestir un carácter *preceptivo*, debido a la trascendencia de la medida que se puede adoptar, como puede ser la separación de la familia de origen. Entiende así que *se reduciría el margen de apreciación subjetiva del órgano decisor y se introducirían elementos de valoración técnicos*.²⁸

La consecuencia principal del procedimiento de la declaración de desamparo es la separación inmediata del menor respecto de su familia de origen, tras la asunción de la tutela por parte de la Autoridad Pública y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Por ello, cómo concretar la guarda del menor es una medida fundamental tras la declaración de la situación de desamparo, regulados en los artículos 19 y 173 ter:

1. *La Entidad Pública elaborará un plan individualizado de protección que podrá incorporar el programa de reintegración familiar cuando el pronóstico derive esa posibilidad*

²⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, C. “Situación de desamparo del menor y tutela administrativa” *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid, 2016 p. 406

2. *La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar, y no siendo este posible para el interés de menor, mediante acogimiento residencial, de acuerdo con la preferencia de las soluciones familiares a las institucionales*
3. *Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia*
4. *La relación de los menores con la familia de origen (visitas y comunicaciones) será revisada al menos cada seis meses*
5. *Se contempla la posibilidad de delegar la guarda durante salidas de fin de semana o vacaciones mediante acuerdo con la Entidad Pública.²⁹*

4.3. Situaciones de desamparo del menor fuera de su residencia habitual

El artículo 18 LOPJM regula en sus apartados cuarto, quinto y sexto aquellas situaciones en las que un menor pueda hallarse en situación de desamparo, pero que se encuentre en un lugar distinto a su residencia habitual, bien sea una Comunidad Autónoma distinta o un país extranjero.

Para el primer supuesto, cuando el menor traslade su residencia habitual de una Comunidad Autónoma a otra, será esta última la que asuma las medidas de protección impuestas al menor o, en todo caso, será la que establezca una nueva medida acorde con la regulación de la nueva residencia en un plazo no superior a tres meses desde que haya sido informada formalmente del traslado del menor a través del órgano competente. Sin embargo, el legislador aplica el *principio de prioridad de la familia de origen* para los supuestos de traslado temporal del menor, aquellos supuestos en los que no será necesaria la adopción de una nueva medida por otra Comunidad Autónoma cuando se prevea una reintegración familiar en el caso de que la familia del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen.

Para el segundo supuesto, cuando el menor se encuentre fuera del territorio nacional en una situación de desamparo, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma que hubiera impuesto la medida de protección en un primer momento o en la que residan los progenitores o los familiares con los que el menor tuviera un vínculo más cercano. En su defecto, la competencia será atribuida a la Comunidad Autónoma en la que el menor hubiera tenido su última residencia habitual. Para aquellos casos en los que el traslado del menor a España sea necesario por el interés superior del menor, la Administración General del Estado

²⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, C. Op. Cit. p.408

se encargará de ello, pero en cuanto el menor se encuentre en territorio español, la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma correspondiente será la que asuma la tutela del menor.

Si la medida de protección del menor hubiera sido adoptada en un país extranjero sujeto a la normativa europea, se aplicará lo previsto en el Reglamento n.º. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003³⁰.

Si fuera un tercer estado, se atenderá a la normativa española de producción interna de medidas de protección de menores.

4.4. Distinción entre situación de riesgo y situación de desamparo

4.4.1. Concepto de la declaración de situación de riesgo

La distinción entre estos dos conceptos supuso un gran debate doctrinal y jurisprudencial que concluyó con la llegada de la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor con la finalidad de proponer una pauta común para todo el territorio español.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia entendían el concepto de desamparo como un concepto jurídico indeterminado que debía examinarse caso a caso a través de juicios valorativos, teniendo siempre presentes estas tres características fundamentales:

- I. Incumplimiento de deberes de protección
- II. Privación al menor de la asistencia moral y material
- III. Nexo causal entre las dos características anteriores.

Este debate se justifica por la semejanza entre las dos figuras, aunque la diferencia principal entre ellas supone la gravedad de la situación ante la que se encuentra el menor y la necesidad de separarlo de su familia de origen.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, el artículo 18 de la LOPJM regula 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, cuándo éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material.”*

Sin embargo, la situación de riesgo regulada en el artículo 17 LOPJM regula un entorno menos conflictivo que el anterior: *“Aquella en la que, a causa de las circunstancias,*

³⁰ Publicado en el BOE el 23 de diciembre de 2003

carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la Administración Pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar el desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.”

4.4.2. Procedimiento de declaración de la situación de riesgo

Será la Administración Pública competente la que tendrá que intervenir en la situación de riesgo conforme a lo dispuesto en la ley estatal. Deberá declarar la situación de riesgo a través de una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, guardadores o tutores, incluyendo las medidas que se adoptarán a lo largo del proceso con la finalidad de corregir esta situación. Deberá coordinarse con los centros escolares y sanitarios o con las entidades colaboradoras del ámbito territorial.

La Administración Pública deberá elaborar y poner en marcha un “*proyecto de intervención social y educativo familiar*” según lo dispuesto para cada caso, manteniendo siempre al menor con su familia, procurando la participación de terceras personas próximas al menor.

Según el quinto apartado del artículo 17 LOPJM, los progenitores, guardadores y tutores tienen la obligación de participar activamente, dentro de su cometido, en la ejecución de las medidas dispuestas por la Administración Pública.

“En caso de que omitan sus funciones o no se hayan alcanzado los cambios necesarios para garantizar la suficiente asistencia moral y material del menor”³¹, será deber de la Administración Pública, previa comunicación al Ministerio Fiscal, la declaración de la situación de desamparo del menor, pues concurre una situación de desprotección de menor que requerirá la separación del mismo de su ámbito familiar

Un ejemplo de situación de riesgo se regula en su apartado décimo: “*La negativa de los progenitores, tutores o guardadores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos para salvaguardar la vida o integridad física de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en*

³¹ LINACERO DE LA FUENTE, M. ,*Protección jurídica del menor*. Madrid, 2001. pp.230 y ss

conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor”.

4.4.3. Medidas y finalización de la situación de riesgo

La Administración pondrá a disposición de los progenitores, tutores o guardadores, una serie de medidas con la finalidad de evitar la declaración de la situación de desamparo del menor, garantizar los derechos del menor y preservar el entorno familiar. Estas medidas preventivas podrán ser ayudas tanto de índole laboral o económica o incluso ayuda psicológica o sanitaria.

La finalización de la situación de riesgo puede derivar en dos vertientes: la eliminación de las medidas impuestas por la Entidad Pública al restablecerse la situación óptima para el interés del menor en su familia de origen, o si sucediera lo contrario, declarar el desamparo.

4.5. Finalización de la situación de desamparo.

La desaparición de las causas que promovieron la declaración de la situación de desamparo provocará el cese de la tutela de la Autoridad Pública sobre el menor. Para ello deben cumplirse tres cuestiones:

En primer lugar, según el artículo 276 del Código Civil la tutela se extingue:

1. *Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.*
2. *Por la adopción del tutelado menor de edad.*
3. *Por el fallecimiento de la persona sometida a tutela.*
4. *Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.*

En segundo lugar, la tutela del menor se extinguirá según el 277.1 del Código Civil: *“Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.”*

En tercer lugar, con la finalidad de otorgarle al menor la finalización de la situación de desamparo, la Autoridad Pública deberá comprobar fehacientemente:

- a) *Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.*
- b) *Que el menor se encuentra en territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre la*

declaración de situación desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.

c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

Finaliza así el cuarto apartado de este trabajo relativo a la figura del desamparo en su plenitud. Respecto del concepto del desamparo, su análisis basado en los artículos 172 CC y 18 LOPJM ha ayudado a comprender los casos concretos por los que el menor se encuentra en esta situación y la protección que se le otorga como consecuencia de la incapacidad de los progenitores o tutores de ejercer sus obligaciones, así como se los medios dispuestos por los poderes públicos para resolver este tipo de conflictos.

Respecto del procedimiento, se ha hecho referencia a todos los requisitos procesales que deben cumplirse con la finalidad de declarar la situación de desamparo, con la consiguiente revocación o suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, además de todas las consecuencias que derivan de esta figura jurídica como son la guarda por acogimiento familiar o residencial, las medidas adoptadas para la adecuación de la situación del menor y las causas de extinción.

Destacar la figura de situación de riesgo y su comparativa con la figura del desamparo, pues se considera la primera de ellas como la situación precedente a la segunda, en caso de que el incumplimiento de las obligaciones y deberes de la patria potestad, en un principio de carácter leve, se agrave y la Administración Pública deba intervenir para declarar la segunda, el desamparo. La diferenciación de estas dos figuras parece acertada, pues se consigue cubrir más supuestos y proteger a un mayor número de menores, sin la necesidad de tomar una decisión tan drástica como separar al menor del entorno familiar.

5. ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS AUTÓNOMICAS Y RELACIÓN CON LA NORMATIVA ESTATAL.

Los artículos 148 y 149 de la Constitución Española se encargan de la regulación de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Respecto de la materia del trabajo, es trascendental el artículo 148.1.20 CE, pues prevé la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia

social o servicios sociales.³² Con todo ello, la creación de una normativa autonómica de la protección de los menores parece preceptivo según lo dispuesto en el mandato del artículo 39 CE, y además se reconoce a las Asambleas de las Comunidades Autónomas la competencia para legislar sobre la protección de menores.

En estas normativas autonómicas se regulan los servicios de protección a los menores, los procedimientos de declaración de desamparo, de acogimiento o adopción y las medidas de atención al menor, basándose en lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño y en la LOPJM, por lo que las diferencias entre las CCAA son mínimas.

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su doctrina, que establece lo siguiente: “siendo cierto que la reserva de Ley Orgánica no supone atribución de ningún título competencial, no lo es menos que, en virtud del art. 81.1 CE, solo el Estado puede dictar de esta forma de Leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 CE”³³. Por lo tanto, el desarrollo de los derechos fundamentales por LO debe acoger una ordenación de mínimos, mientras que la regulación del derecho compete al legislador autonómico.

Respecto del artículo 149 CE, para el estudio de la protección jurídica del menor solo son necesarios los apartados primero y octavo de dicho artículo. En el primero, que busca la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, se relaciona directamente con la situación de desamparo pues el propio procedimiento administrativo que lo declara tiene como finalidad última que el menor pueda ejercer sus derechos plenamente. En el segundo, recuerda la función principal del Estado frente materias civiles y otorga la competencia a las CCAA sobre las mismas, remitiendo a lo expresado por el artículo 148.1.20 CE.

La aprobación de los Estatutos en la etapa inicial de la creación de las Comunidades Autónomas ha derivado en la división de dos grupos importantes, dependiendo de si accedieron a la autonomía especial prevista en el artículo 151 de la Constitución Española

³² “La legislación acoge un amplio concepto de protección de menores que excede el de beneficencia en el que hunde sus raíces el de asistencia social” VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, pp.390 y ss

³³ STC 173/1998, de 23 de julio

denominados *de régimen especial o foral* o, si por el contrario, accedieron a la vía ordinaria denominados *de régimen común*, como bien indica ÁLVAREZ VÉLEZ.³⁴

5.1. Regímenes forales

Tras la entrada en vigor de los Estatutos Autonómicos, quedaron vigentes los Derechos Forales de Cataluña, Islas Baleares, Galicia, Aragón, Navarra y País Vasco. Esta es la razón principal, junto con el reparto de competencias establecido por los artículos 148 y 149 CE visto en el epígrafe anterior, por la que se analizarán las normativas de las Comunidades Autónomas en dos grupos: las que pertenecen al régimen foral, y a continuación, las normativas autonómicas restantes que formen parte del régimen común.

5.1.1. Galicia

La Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia establece un marco normativo relativo a las actuaciones públicas competentes en materia de familia y convivencia.³⁵

Regula la protección de los menores detallando las actuaciones de los poderes públicos aplicables ante las situaciones de riesgo o desamparo del menor.

En su artículo 48 remite a la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia,³⁶ que establece en su artículo 7 la definición de la institución jurídica que regula el artículo 172 del Código Civil e indica que corresponde a la Xunta de Galicia la declaración de la situación de desamparo de los menores que residan o se encuentren en territorio gallego.

Los artículos 8 y 9 de esta última ley regulan el mismo procedimiento de declaración de desamparo que regula la ley estatal, en el que la Xunta de Galicia deberá guiarse por los *principios de intervención mínima y de proporcionalidad*, otorgando prioridad a la familia de origen del menor y aplicando con flexibilidad las medidas de protección para garantizar sus derechos.

³⁴ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a, “La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores” en Martínez García, C. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid 2016 pp.139

³⁵ Aprobada por la Xunta de Galicia y posteriormente publicada en su Diario Oficial el 13 de julio de 2011 en su número 134. Se incluye en el BOE el 30 de julio de 2011.

³⁶ Publicada en diario Oficial de Galicia el 29 de junio de 2006 y en el BOE el 11 de agosto de 2006

Estas medidas de protección se encuentran en el artículo 10 e incluyen *la reinserción del menor en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo si es posible* (aplicación del principio de intervención mínima), *constitución de la tutela ordinaria. La adopción y la declaración de incapacidad del menor.*

5.1.2. Comunidad Foral de Navarra

La Ley Foral de 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia se publicó en el Boletín Oficial de Navarra el 14 de diciembre del mismo año.³⁷

Regula en el artículo 49 y siguientes de su Capítulo II “De la situación de desamparo” Título IV “De Protección” la figura del desamparo.

Cabe destacar que el artículo 49 no establece el órgano concreto de la Administración de Navarra que se encargará de la declaración de desamparo. El artículo 50 regula las situaciones de desamparo, que coinciden con la legislación estatal salvo el apartado d) *la explotación laboral, ya sea de forma esporádica o estable, o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga*, que no se encuentra en el listado de dicha normativa.

El procedimiento de la declaración de la situación se regula en el artículo 51 y determina que deberá hacerse previo informe vinculante de la Comisión de Valoración y previniendo un Plan de Caso que recoge las decisiones tomadas por el órgano relativas a las medidas aplicables al menor. Coincidiendo con la normativa estatal, deberán notificarse las resoluciones al Ministerio Fiscal y a los que ostenten la tutela sobre el menor, que podrán recurrir a la decisión en un plazo máximo de dos años, según el artículo 52.

Por tanto, aunque en un principio se pudiera intuir que el régimen foral sería completamente distinto al régimen común, en lo relativo a la materia de protección de menores es notorio que sólo distan en la regulación de determinados apartados.

5.1.3. País Vasco

La Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, y su posterior revisión está vigente desde 1 de enero de 2010.³⁸

³⁷ A su vez, se publica en el BOE el 16 de enero de 2006

³⁸ Aprobada por la Presidencia del Gobierno Vasco y publicada en el BOPV el 30 de marzo de 2005 y en el BOE el 14 de noviembre de 2011

La Sección IV de la Ley regula en sus artículos 56 y siguientes la figura del desamparo. El concepto y las circunstancias reguladas en los artículos 56 y 57 coinciden con la legislación estatal. Sin embargo, los artículos 58 y 59 distinguen dos tipos de procedimientos de declaración de desamparo que contienen claras diferencias respecto de el régimen común.

El procedimiento ordinario inicia con la tramitación de un expediente que se basará en solicitar los informes a los órganos correspondientes para conocer los datos relevantes de la situación y detectar y valorar la situación de desamparo. A continuación, se escucharán las declaraciones del menor, de los progenitores o de quien tenga la tutela y todos aquellos que se consideren necesarios para determinar la gravedad de la situación. Finalizado el trámite, el plazo máximo de resolución a diferencia de la normativa estatal, es de tres meses desde la fecha de recepción del caso, con una prórroga de tres meses más en casos específicos.

El procedimiento de urgencia supone la existencia de una circunstancia de desprotección grave del menor que ponga en peligro su integridad física o psíquica, por la que el órgano competente declarará la resolución, asumiendo la tutela con la respectiva suspensión de la patria potestad y adoptando las medidas necesarias.

Cabe resaltar en la regulación vasca relativa a la protección de menores el Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba “BALORA”³⁹, el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y de desamparo en los Servicios Sociales Municipales y Territoriales de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. Consiste en un procedimiento de intervención por ambos órganos en el que se investiga la posible situación de desamparo, se evalúa, se diseña un plan de intervención y se ejecutan una serie de medidas. En los supuestos de claro o grave desamparo serán competentes los Servicios Sociales Territoriales, que serán los competentes para declararlo y poner en marcha el procedimiento ordinario, o en su caso, el urgente. En caso de que disminuyera el nivel de gravedad se derivaría a los Servicios Sociales Municipales.

Para los supuestos de declaración de desamparo, BALORA establece una serie de circunstancias que deben cumplirse con gravedad elevada o muy elevada que son:

1. Maltrato físico: que el menor sufra daño físico bien como consecuencia directa de las agresiones de los padres o de quienes asuman la tutela, o bien debido a la utilización

³⁹ Únicamente publicado en el BOPV el 3 de julio de 2017

excesiva de fuerza física, provocado una lesión muy grave que requiera atención médica, como por ejemplo, fractura de los huesos.

2. Negligencia

a. Hacia necesidades físicas

i. Alimentación: el menor se encuentra en una situación grave de desnutrición o intoxicación que necesita hospitalización.

ii. Salud y descanso: dejar sin tratamiento médico al menor tras una lesión o síntomas serios que pueda suponer un grave deterioro que amenace su salud

iii. Estabilidad de la vivienda: que no se encuentre en estado de derrumbamiento ni que suponga un peligro para su seguridad.

b. Hacia necesidades de seguridad

i. Seguridad física de la vivienda: comportamientos temerarios que pongan en peligro la vida del menor, como por ejemplo, conducir en estado de embriaguez con el niño dentro del coche.

ii. Supervisión: no garantizar la supervisión continuada sobre el niño menor de seis años o de un niño menor de doce si no cuenta con una supervisión durante un tiempo excesivo.

c. Necesidades formativas: que el menor de entre seis y dieciséis años no esté inscrito en ningún centro educativo oficial ni reciba un programa educativo individualizado por parte de los que ejercen la patria potestad.

3. Abuso sexual: cualquier contacto entre las personas que ostentan la tutela o personas que formen parte de la unidad familiar que posea una posición de autoridad frente al menor. Incluye tanto abuso de cualquier índole como exhibicionismo o exposición sexual.

4. Maltrato psíquico: bien sea emocional con alto contenido traumático que le infunda miedo y ansiedad intensa y continuada al menor, bien sea a través de la instrumentalización en conflictos parentales para conseguir un objetivo que perjudique a la otra figura parental, o por último, al ser testigo de una agresión física grave entre figuras parentales o miembros de la unidad familiar que haya concluido en hospitalización o defunción.

5.1.4. Cataluña

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia ha sufrido su última modificación el 30 de marzo de 2017⁴⁰. Los artículos 105 y siguientes analizan la figura de desamparo del menor aplicando los mismos conceptos y circunstancias constitutivas de desamparo que la legislación estatal.

Sin embargo, el procedimiento de declaración de desamparo es relativamente dispar al régimen común. Serán los servicios especializados de atención a los niños y adolescentes los que realicen un informe durante el proceso de estudio y evaluación para determinar las causas de la declaración, que más tarde se incluirá en la incoación del expediente de desamparo del departamento competente de la Administración Catalana.

Se notificará a aquellos que ostenten la tutela sobre el menor, que podrán declarar en el procedimiento de oficio o a instancia. La Administración tiene la obligación de dictar la resolución en el plazo de un año (principal diferencia frente al régimen común) que comenzará desde la incoación del expediente y deberá notificar tanto a los interesados como al Ministerio Fiscal.

El cambio de circunstancias que motivaron la resolución puede provocar la reintegración del menor en el ámbito familiar, siempre que se haya solicitado en el plazo de un año desde la notificación y que sea en el interés superior del menor. Cabe oposición a la desestimación con un plazo de dos meses.

La consecuencia es idéntica al régimen común: asunción de la tutela por la Administración Catalana, suspensión de la patria potestad o de la tutela y aplicar las medidas necesarias para salvaguardar sus derechos. En caso de que los progenitores o los titulares de la tutela impidan la aplicación de estas medidas, los Mossos d'Esquadra deben *prestar la cooperación y el auxilio necesarios para practicar las actuaciones de investigación y ejecutar las medidas*.

El artículo 107 regula un procedimiento simplificado con la finalidad de declarar la situación de desamparo cuando los titulares de la patria potestad o de la tutela declaren su conformidad, sin necesidad de realizar más trámites.

⁴⁰ Aprobada por el Parlamento de Cataluña y posteriormente publicada tanto en el DOGC el 2 de junio de 2010 como en el BOE el 28 de junio de 2010

5.1.5. Aragón

La Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón⁴¹ se reformó y la revisión vigente consta desde el 17 de junio de 2016, que en materia de desamparo, remite directamente a su Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, sobre las medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo⁴².

La Dirección Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales será la competente para incoar el procedimiento de protección del menor, con la finalidad de determinar la situación a través del estudio del equipo profesional, con una duración máxima de dos meses, formado por educadores y psicólogos que realizarán un informe estipulando la necesidad de la declaración de desamparo. La resolución dictada tras el trámite de audiencias de los interesados, deberá ser notificada al Ministerio Fiscal y será impugnabile en el plazo de tres meses desde la notificación. Los progenitores que ostenten la patria potestad suspensa pero no extinguida, están legitimados para solicitar el cese de la suspensión en el plazo de dos años desde la declaración de desamparo.

Los programas de intervención que regula este decreto frente a la figura del desamparo pueden ser de dos tipos: en primer lugar, una separación provisional del menor de su propia familia con la finalidad de solucionar la circunstancia que motivo la resolución y posteriormente reintegrarlo de nuevo, y en segundo lugar, la separación definitiva a través de la promoción de la tutela o del acogimiento tanto familiar como residencial.

La tercera vía por la que puede optar el menor es la autonomía o la emancipación, por lo que los Servicios Sociales del Instituto Aragonés se encargaran de apoyarle mediante *recursos formativos, residenciales o económicos*.

5.1.6. Islas Baleares

El Boletín Oficial de las Islas Baleares recoge la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de integral de la atención y de los derechos de la infancia y de la adolescencia⁴³ y su Capítulo III regula las situaciones de desamparo.

⁴¹ Aprobada por la Presidencia del Gobierno de Aragón. Se publicó en el BOA el 20 de julio de 2001 y en el BOE el 8 de agosto del mismo año.

⁴² Publicada únicamente en el BOA el 23 de octubre de 2008

⁴³ A su vez se publicó en el BOE el 13 de diciembre de 2006

El procedimiento deberá iniciarse de oficio por *la Entidad Pública, el orden judicial, a iniciativa del Ministerio fiscal, a demanda del menor de edad o por solicitud de los padres*. La investigación e incoación de la declaración corresponderá a los agentes o funcionarios designados para ello o por cualquier otro ciudadano.

Será en la instrucción donde se evalúen todos los informes y se dictamine la existencia de esta situación, que concluye con la declaración de la resolución, notificándolo a los interesados y el Ministerio Fiscal en las cuarenta y ocho horas siguientes y adoptando las medidas necesarias.

Podrán acudir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en caso de que los progenitores o titulares de la tutela ordinaria se opusieran a la aplicación de las medidas dispuestas. El menor recibirá la primera atención tras la resolución, bien integrándose en una familia externa o bien ingresando en un centro de primera acogida, en el que no podrá residir más de ocho meses desde la resolución.

5.2. Régimen común

Formarán parte del régimen común todas aquellas Comunidades Autónomas en las que su fuente principal de producción de leyes sea el Código Civil.

5.2.1. Principado de Asturias

La Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor continúa vigente tras la reforma estatal realizada en 2015 sobre la misma materia.⁴⁴

Regula la situación de desamparo en su Capítulo VI, en los artículos 31 al 38. La determinación de la situación de desamparo, las circunstancias concurrentes para su declaración, la notificación a las partes legitimadas y la suspensión de la patria potestad se hará conforme a lo dispuesto por la normativa estatal.

Será la Administración del Principado de Asturias la que declare el desamparo del menor *mediante acuerdo motivado al efecto en todo caso y previa instrucción de expediente encaminado a valorar los hechos que concurran*. A su vez, asumirá la tutela de los menores, recibiendo estos una atención inmediata en los centro de acogida dispuestos.

Destacar como diferencia fundamental frente a la regulación estatal que esta Ley incluye en su artículo 36 la obligación por parte de la Administración del Principado de

⁴⁴ Publicado en el BOPA el 9 de febrero de 1995 y en el BOE el 20 de abril de 1995

Asturias de la realización de un inventario de los bienes y derechos del menor con la finalidad de conservarlos y administrarlos.

5.2.2. Cantabria

El Parlamento de Cantabria promulgó de acuerdo con el artículo 15.2 del Estatuto de Autonomía para Cantabria la Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia.⁴⁵

Llama la atención la utilización del concepto de *desprotección grave* a diferencia de lo que establece la normativa estatal y la mayoría de las normativas autonómicas. Parece que la intención del legislador es diferenciar dos supuestos de hecho distintos: el desamparo comúnmente conocido y el desamparo inminente.

De la primera figura no hace falta añadir nada debido a que coincide la declaración, concurrencia de circunstancias y notificación con lo que regula el artículo 172 del Código Civil. Será la Administración de Cantabria la Entidad Pública competente para declarar dicha situación, previo informe de los Servicios Sociales de Atención Especializada, que conforme al artículo 64 de dicha ley, deberán verificar la situación detectada y determinar la gravedad del caso y con previa audiencia de la persona o progenitores a cargo de la tutela del menor. A diferencia del plazo de resolución otorgado por la ley estatal, en esta Comunidad Autónoma será de seis meses a contar desde la recepción del caso por los Servicios Sociales, con una prórroga máxima de tres meses por las particulares características del caso. La asunción de la tutela y la aplicación del procedimiento de urgencia se realizarán conforme lo dispuesto en el apartado 172.1 del Código Civil.

De la segunda figura o *desamparo inminente*, cabe destacar que aunque la denominación sea dispar, hace referencia a la figura de la situación de riesgo, pues el menor se encuentra ante “un daño significativo que compromete su desarrollo, pero la familia dispone de los recursos personales y sociales para hacer frente a esta situación, sin que sea necesario proceder a la separación”. Los Servicios Sociales Especializados, según el artículo 16 de la Ley de Cantabria 2/2007, aplicarán medidas orientadas a mejorar el ámbito familiar, salvaguardar los derechos de los menores y proporcionar un entorno familiar estable.

⁴⁵ Publicado únicamente en el BOE el 22 de enero de 2011

5.2.3. La Rioja

Se aplica la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, que posteriormente fue revisado y reformado, vigente desde el 2 de abril de 2017⁴⁶.

Según su artículo 51, será el titular de la Consejería en materia de servicios sociales a propuesta de la Comisión de adopción y tutela, por resolución expresa y motivada la que declare el desamparo. Las circunstancias concurrentes son las mismas que indica la legislación estatal. Será la Administración Pública de la Comunidad Autónoma la que asuma la tutela velando y ejerciendo las labores *con la diligencia de un buen padre de familia*. Los plazos para la notificación y oposiciones a las resoluciones son idénticos a la materia estatal.

5.2.4. Castilla y León

La Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León que fue aprobada por la Junta de Castilla y León y revisada en 2014, se remite al 172 del Código Civil para definir la situación de desamparo.⁴⁷ Sin embargo, la enumeración que presenta en su artículo 56 sobre las causas que determinan la situación de desamparo es visiblemente superior a la normativa estatal.

En su Capítulo IV establece el procedimiento de declaración de la situación de desamparo. Como consecuencia directa del elevado número de provincias que conforman esta Comunidad Autónoma, el artículo 65 obliga a todas las provincias a formar una Comisión de Valoración dependiente del órgano competente de las funciones de protección, que se encargará de la fase de investigación. Además, se les encomienda en la fase de evaluación la elaboración del “Plan del Caso”, informe que recoge las decisiones adoptadas para proteger al menor. En caso de que se determine la existencia de la situación de desamparo, se iniciará la fase de instrucción, con el correspondiente trámite de audiencia a los progenitores o titulares de la tutela y al menor en caso de que sea mayor de 12 años o con suficiente juicio, y finalizará con la resolución.

La regulación de la resolución es idéntica a la normativa estatal: se determinarán las medidas adoptadas para garantizar la protección del menor, se notificarán al Ministerio Fiscal y a los progenitores o tutores en las siguientes cuarenta y ocho horas, y estos últimos podrán

⁴⁶ La Consejería de Presidencia y Acción Exterior fue el órgano que la aprobó y fue publicada únicamente en el BOR el 9 de marzo de 2006

⁴⁷ Se publicó en el BOCL el 29 de junio de 2002 y en el BOE el 17 de agosto de 2002

oponerse a la suspensión de la patria potestad a través de una solicitud emitida durante los dos años siguientes.

5.2.5. Madrid

La Comunidad madrileña es una de las Comunidades Autónomas con la legislación vigente más antigua analizada hasta el momento: Ley 6/1995, de 28 de marzo de los Derechos de la Infancia y su última actualización se realizó el 9 de junio de 2015.⁴⁸

En ningún momento se define la situación de desamparo ni las causas que motivan su declaración. Sin embargo, sí se hace referencia al procedimiento que debe llevar a cabo la Administración autonómica con la finalidad de asumir la tutela del menor y adoptar las medidas necesarias. Dicho procedimiento sigue las mismas pautas que los anteriores, pues se divide en dos tipos según la índole de las circunstancias que susciten la asunción de la tutela del menor por parte de la Administración.

En el procedimiento ordinario hace referencia a la obligación de los progenitores de inscribir en el Registro Civil al menor tras su nacimiento, y en el supuesto de que no se hiciera, la Administración será la encargada de instarlo. Además, menciona las fases tanto de investigación y evaluación realizadas por los Servicios Sociales Municipales, como la de instrucción realizada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, constando el trámite de audiencia a los progenitores y al menor de edad. Coincide con la legislación estatal en que el plazo máximo para otorgar una resolución será de tres meses, pero con una clara diferencia, ya que el periodo de prórroga no podrá superar los dos meses. No alude a la legitimación de los progenitores de solicitar la oposición frente a la suspensión de la patria potestad ni a los recursos que se podrán tramitar frente a la resolución. Del procedimiento de urgencia solo informa de la necesidad de llevarlo a cabo sin los trámites habituales.

Resulta sorprendente la escasa y difusa regulación por parte de la capital española de una situación tan grave como es el desamparo de un menor.

5.2.6. Extremadura

Se aplica la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, que no sufre revisiones desde el momento en el que entró en vigencia⁴⁹. Llama la atención la

⁴⁸ Publicada en el BOE el 2 de agosto de 1995

⁴⁹ La Asamblea de Extremadura dictó su aprobación y se publicó posteriormente en el Diario Oficial de Extremadura el 24 de noviembre de 1994 y en el BOE el 27 de diciembre del mismo año.

inexistencia de revisiones durante estos últimos veinte años y su breve regulación, de tan sólo 35 artículos, a diferencia de otras Comunidades Autónomas con más de cien artículos.

Designa a la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura como el órgano competente para declarar la situación de desamparo del menor, asumiendo a su vez la tutela y adoptado las medidas necesarias para la protección.

Remite la definición de la situación de desamparo y las circunstancias que lo motivan a la regulación del Código Civil, y no hace referencia al procedimiento, continuando con la regulación de las medidas de protección, del acogimiento, de la guarda y la adopción.

5.2.7. Castilla- La Mancha

El desamparo del menor y su regulación en esta Comunidad Autónoma se regula en la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de protección social y jurídica de la Infancia y la Adolescencia.⁵⁰

La situación de desamparo se declarará por acuerdo motivado de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores, que asumirá la guarda y tutela del menor. No se hace mayor referencia a la definición de desamparo y a las causas que la motivan que las dispuestas en el artículo 172 del Código Civil, sin mencionar ni las fases del procedimiento ni los posibles recursos.

5.2.8. Comunidad Valenciana

La Ley 12/2008, de 3 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia que fue reformado y continua vigente desde el 1 de enero de 2017, regula el procedimiento de protección en situaciones de desamparo del menor.⁵¹

La Generalitat será la encargada de la tutela y protección de los menores declarados en situación de desamparo, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

El procedimiento ordinario se iniciará con la incoación de los Servicios Territoriales, y constará de la posterior audiencia a los progenitores o a los tutores y al menor de edad cuando fuera mayor de doce años o cuando *se presumiera suficiente juicio por los psicólogos*. La resolución se notificará al Ministerio Fiscal y a los interesados en el plazo de cuarenta y ocho

⁵⁰ Se aprueba por la Presidencia de la Junta de Castilla-La Mancha y se publicó en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma y en el BOE el 18 de febrero de 2015.

⁵¹ La Presidencia de la Generalitat Valenciana aprobó dicha ley, que se publicó en el DOGV el 10 de julio de 2008

horas. El procedimiento de urgencia se aplicara en aquellos casos en los que se necesite de una rápida intervención por parte de la Generalitat por existir un peligro para la integridad física o psíquica del menor mediante resolución motivada.

La Comunidad Valenciana se integra en el régimen común como consecuencia de la STC 82/2016, de 28 de abril. En ella, el Tribunal Constitucional estima el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno que reclamaba que esta CA carecía de codificación foral en materia civil, pues sus competencias se limitan a conservar, modificar y desarrollar normas conforme el artículo 148.1.8 CE

5.2.9. Andalucía

El Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa⁵² fue aprobado por la Junta de Andalucía con la finalidad de cubrir por completo la materia respecto de la escueta regulación que ofrece la Ley 1/1998, de 20 de abril de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.⁵³

Los artículos 18 y siguientes se encargan de estudiar a fondo la materia, remitiendo al artículo 172 del Código Civil en cuanto a concepto y causas que motivan el desamparo.

El procedimiento en esta Comunidad Autónoma se iniciará de oficio por acuerdo del titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente de los menores en cada provincia, con previo informe sobre la evaluación y la investigación de la situación que afecta al menor. Los progenitores y tutores disponen de un plazo exacto de quince días desde la notificación de la iniciación del procedimiento para realizar las alegaciones correspondientes acerca del menor, que continuará con el período de prueba de un plazo entre diez y treinta días.

La resolución motivada será notificada a los progenitores en un plazo de cuarenta y ocho horas que no se hallen privados de la patria potestad y constatará las medidas aprobadas y la procedencia del desamparo del menor.

⁵² Publicado únicamente en el BOJA el 16 de febrero de 2002

⁵³ Se publicó en el BOE el 24 de junio de 1998

5.2.10. Murcia

La situación de desamparo y los procedimientos de protección en esta Comunidad Autónoma se regulan en la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.⁵⁴

En lo relativo a la materia que nos concierne, resume las pautas básicas relativas a la situación que sufre el menor: remite el concepto y las causas que motivan el desamparo a lo que dispone el artículo 172 del Código Civil, no establece el órgano exacto que asume la tutela del menor y finalmente recalca los plazos que caracterizan al procedimiento regulado por la ley estatal, tanto en su instrucción como en los posibles recursos interpuestos por las partes legitimadas para ello.

5.2.11. Islas Canarias

La Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores regula en su Título V la situación de desamparo.⁵⁵

Designa a la Comisión de Atención del Menor como el órgano colegiado formado por profesionales dedicados a los menores que se encargará de la realización de los informes necesarios en la fase de evaluación e investigación, para posteriormente entregarlos en la fase de instrucción con la finalidad de corroborar la desprotección del menor.

El procedimiento se iniciará de oficio por acuerdo de la Comisión de Atención de Menores por propia iniciativa, a solicitud del menor, a instancia del Ministerio Fiscal o por denuncia de cualquier persona.

Hace referencia al procedentito de urgencia, sin añadir nada más que el órgano competente asumirá la tutela del menor al encontrarse en circunstancias agravadas, sin necesidad de iniciar los trámites habituales

5.3. Ciudades Autónomas: Ceuta y Melilla

El Real Decreto 416/1996, de 1 de Marzo, se aprobó por el Ministro para las Administraciones Públicas a propuesta de la Ministra de Asuntos Sociales.⁵⁶

⁵⁴ La Asamblea Regional de Murcia Fue el órgano competente para su aprobación, y posteriormente se publicó en el BOE el 2 de junio de 1995

⁵⁵ Aprobada por la Presidencia del Gobierno de Canarias y publicada en el BOE el 14 de marzo de 1997

⁵⁶ Publicado en el BOE el 5 de marzo de 1996

Crea las Comisiones de Atención a la Infancia en las Ciudades de Ceuta y Melilla, como consecuencia directa de la necesidad de un órgano colegiado en el que participaran representantes de ambas ciudades con la finalidad de ejercer las labores de una Entidad Pública competente de materias de protección de menores, como si de una Comunidad Autónoma se tratara.

Por lo tanto, se encargarán de declarar la situación de desamparo respecto de las causas que lo motivan designadas en el artículo 172 del Código Civil, de iniciar el procedimiento de instrucción tras las fases de investigación y de evaluación y finalizarlo con una resolución motivada, de suspender o extinguir la patria potestad de los progenitores o la tutela del tutor ordinario, de asumir la tutela y, finalmente, de adoptar las medidas necesarias para su protección, proponiendo el acogimiento familiar, residencial o la adopción según las circunstancias de cada caso.

Serán dos representantes de cada Ciudad los que lo compongan, además de un funcionario de la Administración General del Estado y el Jefe del Departamento de Menores de cada Ciudad Autónoma.

5.4. Valoración del análisis comparativo de CC.AA.

Así finaliza el estudio de las distintas legislaciones de las Comunidades Autónomas con la finalidad de realizar una comparativa con la legislación estatal.

Se ha comprobado que, aunque sea notoria la separación de los dos regímenes básicos denominados común y especial, como consecuencia de la creación de las Comunidades Autónomas y de sus Estatutos Autonómicos, las legislaciones solo distan entre sí de los derechos enumerados por cada normativa autonómica sobre la protección del menor, de los órganos competentes para declarar la situación de desamparo en cada CCAA y de las normativas adicionales, como es el caso del estudiado plan “BALORA” en el País Vasco.

Parecen necesarias estas normativas adicionales para las Comunidades Autónomas, además de lo ya previsto por la propia Ley y el Código Civil. Esto puede llevar a una reiteración de los conceptos que no cumple con la finalidad máxima de la creación de estas normativas: adaptar los supuestos generales previstos a las necesidades de cada CCAA.

Finalmente, destacar como curiosidad la longevidad de alguna legislación autonómica como las aplicables en Madrid o Extremadura y la juventud de otras como las aplicables en Galicia o Cantabria.

6. JURISPRUDENCIA

Para finalizar el presente trabajo, se analizarán las siguientes sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los últimos tres años, elegidas dos por cada año. La razón de la organización de este apartado deviene de un previo estudio en el buscador del sistema jurisprudencial del Poder Judicial (CENDOJ) de decisiones de estos años, que ha provocado la selección de las sentencias a abordar debido al carácter relevante de sus hechos. .

6.1. Sentencias del Tribunal Supremo del 2015

En primer lugar, la STS nº 4159/2015 de la Sala 1º de lo Civil del 15 de octubre de 2015, constituye un claro ejemplo del proceso judicial tras la declaración de desamparo del menor.

Los hechos se centran en una pareja que, tras el análisis de la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de Jaén, se estima que no ejercen las obligaciones inherentes a la patria potestad. La declaración de desamparo y el plan de preadopción fueron fruto de la *apertura del expediente por desasistencia del menor, tras un ingreso de urgencia del menor [...] la madre se muestra agresiva, negándose al tratamiento de su hijo*. La situación se agrava tras conocer el perfil de la madre, que había sido ingresada en la unidad de salud mental por *cuadro maniático y trastorno de personalidad*, y del resto de hermanos, sujetos a medidas de protección, bien sea por acogimiento familiar o bien por adopción.

La pareja interpone una demanda de oposición a la resolución administrativa de desamparo, que posteriormente desestiman tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Jaén en el recurso de apelación. Ambos tribunales aplican la doctrina del Tribunal Supremo: “no sólo el superior interés del menor debe presidir tales decisiones sino también la necesidad de contemplar el cambio de circunstancias producidas con posterioridad al momento en que se produjo la declaración a fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad”⁵⁷

Finalmente, elevan la causa al Tribunal Supremo tras la interposición del recurso de casación para analizar tanto el interés superior del menor como la situación de desamparo. Del primero, la Sala cita el artículo 11.2 LOPJM que establece como *principio rector el interés superior del menor y su mantenimiento en el medio familiar de origen salvo si no es conveniente para su interés*. De la segunda, la Sala entiende que la situación de pobreza de los progenitores no podrá tenerse en cuenta para la declaración de desamparo, sino que el hecho

⁵⁷ STS de 31 julio de 2009

que ha conducido a la declaración de desamparo ha sido *la desatención moral y material del menor tras la valoración de la prueba practicada*. Por todo ello, STS desestima el recurso de casación al existir una causa en el momento que actuó la Entidad Pública para adoptar esta medida y al estimarse que *los factores de riesgo no han desaparecido*.

Esta sentencia comprende la situación más habitual tras la declaración de desamparo, en la que se tramita una demanda de oposición a la resolución administrativa, pero el interés del menor constituye el eje de la decisión del tribunal, que desestimarán conforme a si las circunstancias que motivaron la resolución no se hayan eliminado y el menor haya evolucionado favorablemente tras la adopción de la medida de protección.⁵⁸

En segundo lugar, la STS nº 3999/2015 de la Sala 1º de lo Civil de 28 de septiembre de 2015 constituye un supuesto en el que se estima el recurso de casación interpuesto por la Entidad Pública.

Los hechos giran en torno a la declaración de desamparo de una menor como consecuencia de la estimación por parte de la Junta de Andalucía de la inhabilidad de la madre de ejercitar sus funciones como titular de la patria potestad por el *temor de permanecer en el domicilio que cohabitaban tras la condena de su pareja de hecho (distinta persona del progenitor de la menor, del que se desconoce dónde reside) por malos tratos y el ingreso en la casa de acogida dependiente del Instituto andaluz de la Mujer*. La tutela de la menor la asume la Administración, trasladándola a un centro de protección.

Tras la evolución positiva de la madre en el centro de acogida, presenta la demanda de oposición a la declaración de desamparo y el acogimiento residencial al *mostrar interés y estar motivada a rehacer su vida e iniciar un nuevo proyecto de la misma junto a su hija*. El Juzgado de Primera Instancia desestima la oposición, pues entiende que la evolución no es suficiente al permanecer aún las carencias en las habilidades como madre, y que por lo tanto el retorno de la menor es inviable. Sin embargo, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia al afirmar el cambio producido de las circunstancias, e incluso entiende *que las habilidades de madre se adquieren con la práctica diaria en el cuidado de un hijo*.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, pues *la doctrina*

⁵⁸ Otro ejemplo de Sentencia de Tribunal Supremo sobre la protección de menores en la que se decide que prima el interés superior del menor y la asunción de tutela de la Administración Pública por la inexistencia del cambio de circunstancias que motivaron la resolución judicial es la STS nº 1155/2016 de 10 de marzo de 2016

exige que el cambio de circunstancias permita la reintegración familiar y que este cambio sea real para eliminar el riesgo de desamparo, siempre en interés del menor.

Entiende que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial al basarse en un argumento especulativo, como es adquirir unas habilidades con la práctica diaria que no se han producido en la fecha de la resolución, es completamente contraria a lo que dicta la doctrina jurisprudencial y no es acorde al interés superior del menor, que ha experimentado una evolución desde que adoptó el acogimiento residencial como medida de protección.⁵⁹

De nuevo nos encontramos ante el eje principal de las decisiones que toman los tribunales respecto de las declaraciones de desamparo del menor: el interés superior del menor y la prueba constatada del cambio de circunstancias en el ámbito familiar.

6.2. Sentencias del Tribunal Supremo del 2016

La STS nº 5227/2016 de la Sala 1º de lo Civil de 1 de diciembre de 2016 concierne un supuesto extraño relativo a los menores inmigrantes no acompañado en situación de desamparo. Esto supone que se encuentra en situación irregular, que en la mayoría de los casos significa la falsificación o pérdida de su documentación, por lo que la Administración tiene la obligación de realizar los procedimientos correspondientes para averiguar su identidad y su edad real.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de oposición a la resolución administrativa de declaración de desamparo del menor inmigrante, pues entiende que el órgano encargado de realizar el expediente sobre el menor de edad inmigrante no acompañado, denominado el Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña (DGAIA) debería haberlo mantenido en lugar de cerrar el expediente *al considerar acreditado que era mayor de edad*. La confusión de este órgano parte de la posesión del pasaporte de su país de origen, que implicaba *no estar indocumentado y no haberle practicado las pruebas médicas*.

La Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso de apelación y revoca la sentencia al considerar que el tribunal *no tiene fuerza probatoria en los documentos públicos y*

⁵⁹ La doctrina entiende el cambio de circunstancias que motivaron la resolución de declaración de desamparo como criterio fundamental para la reintegración familiar, como se ha visto en las dos sentencias anteriormente mencionadas. El interés del menor debe prevalecer sobre el interés de los progenitores, aunque su deseo sea volver con el menor. Esto se determina claramente en la STS nº 5668/2016 de 21 de diciembre de 2016, en la que aunque los progenitores interpongan un recurso para dejar sin efecto el acogimiento familiar en modalidad de preadoptivo del menor, prima el interés superior del menor, y por tanto, el mantenimiento de la medida.

cuando, en todo caso, su presunción de veracidad había quedado desvirtuada por las pruebas médicas. La AP practicó estas pruebas médicas, que posteriormente determinaron que había superado la mayoría de edad y por lo tanto deberían eliminarse las medidas de protección dispuestas para menores extranjeros.

El Tribunal Supremo entiende que es un caso de interés casacional, pues existe una controversia notoria frente a la práctica de pruebas de menores de edad extranjeros no acompañados en situación irregular en España. Estima el recurso por lo que casa la sentencia de la AP.

Lo fundamental e imprescindible de este supuesto es la doctrina jurisprudencial que reitera el TS, y que supone de aplicación para futuros casos: “El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar las razones por las que se considera que el documento no es fiable y se deba recurrir a las pruebas de determinación de la edad.”

En segundo lugar, la STS nº 5330/2016 de la Sala 1º de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 hace referencia a un posible abandono voluntario por parte de la madre con futura entrega de la menor a terceros mediante compensación económica.⁶⁰

Además de ser razón para iniciar unas diligencias penales, supone razón suficiente declaración de desamparo, al no cumplir con las obligaciones inherentes de la patria potestad, ya que la madre supuestamente decide entregar a la menor a una tercera persona a cambio de una contraprestación económica. Por ello, se desestima en Primera Instancia la demanda de oposición a la resolución administrativa tras la valoración de las actuaciones anteriores a la adopción de la medida, primando el interés del menor. Sin embargo, al Audiencia Provincial de Toledo revoca la sentencia de Primera Instancia porque entiende que *carece de motivación, no se exponen los hechos acreditados, os medios por los que se consiguen los datos y cuál es la valoración para concluir en lo expuesto*

⁶⁰ Ejemplo de abandono de las obligaciones que confiere la patria potestad es la STS nº 3216/2015 de 26 de julio de 2015, en la que tras haber determinado el acogimiento familiar del menor por su abuela, y haber determinado en la sentencia la obligación del abuelo de otorgar los alimentos a la menor aunque no resida junto a ellas, este niega su obligación e interpone un recurso para reconocerle su falta de obligación. El TS estima la sentencia de primera instancia y obliga al abuelo a cumplir con su deber de alimentos.

Finalmente, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, pues en el caso *se reconoce y se acredita la desatención moral y material de la madre hacia su hija desde el nacimiento, al entregárselo a una tercera persona ilícitamente a espaldas de la Administración*. Entiende además, que los antecedentes de la madre y la revocación de las medidas interpuestas supone una reiteración en la inexistencia de cambio de las circunstancias del ámbito familiar y por lo tanto, la reintegración de la menor no se encuentra en su interés.

6.3. Sentencias del Tribunal Supremo del 2017

La STS nº3469/2017 de la Sala 1º de lo Civil, de 2 de octubre de 2017 resume el procedimiento por el que se declara la inexistencia del desamparo del menor y se reintegra de nuevo en su ámbito familiar tras la modificación de circunstancias que lo motivaron y la evolución positiva tanto del entorno como del menor.

La declaración de desamparo se produjo a consecuencia de la recepción de un informe de un Servicio Social en el que se reiteraba la necesidad de realizar un seguimiento al caso porque el menor presentaba *una inhibición comportamental y un grave retraso en la adquisición del lenguaje*, de la que la madre no se podía hacer cargo por su grave *inestabilidad emocional y distorsión de la realidad*. Además, la madre rechazó las medidas de colaboración con los Servicios Sociales y se negaba a escolarizar al menor. Por ello, la Administración de la Comunidad Valenciana asumió la tutela del menor, que ingresó en un centro de acogida, y hasta el momento de la demanda de oposición a la resolución, once meses después, la madre no había solicitado régimen de visitas.⁶¹

Por todo ello, el Juzgado de Primera Instancia desestima, lo que lleva al recurso de apelación en la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana que fue estimado por el siguiente motivo: “no hay duda del compromiso parental ni de su capacidad para las funciones propias [...] de proporcionar al menor el ambiente familiar y emocional que la Consellería esta deseando procurar al menor. No puede olvidarse que el menor va a quedar escolarizado y que se seguirá el PIF acordado.”

⁶¹ Respecto al régimen de visitas, una sentencia relevante es la STS nº 4452/2015 en la que se determina que el interés superior del menor autoriza la suspensión de visitas del progenitor a sus hijos menores de edad, como consecuencia del delito cometido anteriormente, y haciendo referencia a lo dispuesto por el Juzgado de Violencia de Género, que previa a la interposición del recurso que motivó esta sentencia, ya había suspendido las visitas.

El Tribunal Superior siguió la línea de la AP y desestimó el recurso de casación de la Consellería de Bienestar Social de Castellón de la Plana al ofrecer una visión parcial de los hechos y cita los artículos 177.4 CC y 2 LOPJM para justificar que no pretende eliminar la situación inicial de desamparo, pero entiende que *no procede prorrogar una situación de desamparo que no existe ni por tanto motivo para que el menor siga en situación de acogimiento*. Cita en este caso al artículo 3 de la Ley 26/2015 para aclarar que el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva, como es el supuesto. Para evitar la declaración de desamparo, la madre deberá cumplir con el PIF y con la escolarización del menor.

Finalmente, la STS 3540/2017 de la Sala 1º de lo Civil, de 11 de octubre de 2017 hace referencia de nuevo al procedimiento habitual que se tramita tras la declaración del desamparo, pero en este supuesto centrado en el acogimiento familiar.

En este caso, son dos hermanos menores que se encuentran en situación de desamparo debido a que su madre padece una enfermedad psíquica grave de 89% que la inhabilita de ejercer sus funciones de patria potestad y perjudica la evolución y desarrollo de los niños, sumado a un ambiente de conflicto grave por las numerosas denuncias interpuestas entre ella y el padre de los menores.⁶²

Los menores que en principio se encontraban bajo la guardia y custodia de su tía materna, se declaran de nuevo desamparados en 2013 al desistir esta de sus funciones. Con carácter provisional por un plazo máximo de seis meses, los menores son acogidos por sus tíos paternos, situación que la madre rechaza, por lo que interpone una demanda de oposición a la resolución administrativa que se desestima por el Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial revoca esta sentencia y las resoluciones administrativas sobre los menores y las medidas adoptadas sobre ellos, recayendo de nuevo la guardia y custodia sobre la tía materna al considerar que esa era la solución más beneficiosa para los menores.

Finalmente, el Tribunal Supremo tras el recurso de casación interpuesto por la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, sigue la decisión formulada por el Juzgado de Primera Instancia, y establece que el desamparo que inicia este procedimiento fue consecuencia directa

⁶² Un ejemplo de privación de patria potestad es el que se encuentra recogido en la STS nº 13/2017 de 13 de enero de 2017, por la que se le priva a uno de los progenitores la patria potestad como consecuencia de la inexistencia de deberes de cuidado y asistencia moral sobre su hija mayor al haber cometido un delito de violencia de género. Es por ello que el TS determina que el interés del menor, hermano de la hija mayor, prevalece en esta situación por lo que se le priva a su vez de la patria potestad por el riesgo de reincidencia.

de la declaración de la tía materna de la imposibilidad de continuar la función encomendada. Confiar a los progenitores el cuidado de los menores no corresponde con su interés superior, por lo que se establece el acogimiento familiar por parte de los tíos paternos.

6.4. Doctrina jurisprudencial consolidada

Como se ha visto durante el análisis de las sentencias, aunque los hechos difieran entre ellas, siempre prima el interés superior del menor en todas las decisiones de los tribunales. En todas ellas se ha comprobado la aplicación de lo expuesto durante el trabajo: las fases de procedimiento de declaración del menor, las medidas adoptadas, los distintos tipos de guarda, bien sea acogimiento familiar o residencial, e incluso la posibilidad de la reintegración familiar.

Aunque los hechos se hubieran producido con anterioridad a la reforma, se entiende que el Tribunal Supremo aplica la normativa vigente y actual en el momento de la decisión sobre los siguientes casos a presentar y analizar, pues son acordes a la reforma. Sin embargo, esta decisión pudo haber provocado problemas de derecho transitorio por el carácter retroactivo que debería haber seguido en las decisiones sobre las medidas de protección al menor.

7. VALORACIÓN CONJUNTA

Como broche final a esta investigación, debe apuntarse la relevancia del estudio tanto de las legislaciones autonómicas como de la doctrina jurisprudencial. Ambos puntos de vista han fomentado la comprensión de la figura jurídica del desamparo a nivel práctico de todo lo expuesto por la doctrina en apartados anteriores.

Por un lado, las legislaciones autonómicas han sido fundamentales para determinar los órganos encargados de la administración del procedimiento de la declaración de desamparo en cada territorio, así como de las medidas más recurridas en cada Comunidad Autónoma, que en su mayoría suelen tender por la opción del acogimiento familiar en caso de que sea lo más óptimo para el interés superior del menor. Resaltar de nuevo la necesidad de las Comunidades Autónomas por crear nuevas normativas sobre la protección de menores (ya existiendo dos normativas que lo regulan) cuya finalidad es adaptar las normativa general a las situaciones de cada territorio, pero que no termina siendo una reiteración de conceptos ya definidos. Ejemplo de ello es el País Vasco y su normativa “BALORA”, que aunque en un principio pueda resultar como una normativa llamativa, lo cierto es que según datos del Observatorio de

Infancia⁶³, esta CA se encuentra siempre por encima de la media en las altas de decisiones judiciales de tutelas *ex lege* y de acogimiento residencial, por lo que se puede concluir que sus medidas no llegan a ser suficientemente eficientes.

Por otro lado, el análisis jurisprudencial ha sido determinante para clarificar los supuestos que motivan la resolución de declaración de desamparo, los plazos exigidos por la ley para la aplicación de medidas de protección, las legitimaciones y acciones que pueden ejercitar los tutores o progenitores respecto de las medidas impuestas al menor. Se reitera en todas ellas el concepto del interés superior del menor y la tendencia a imponer el acogimiento familiar, aunque en la mayoría de los supuestos no ha resultado posible por este interés del menor.

Destacar, a su vez, la aplicación de la norma vigente a procedimientos en los que su iniciación fue motivada por supuestos recogidos antes de la última reforma de la LOPJM en 2015, y cómo ello ha podido provocar problemas relativos al derecho transitorio y al carácter retroactivo.

8. CONCLUSIONES

De la investigación acometida, puede concluirse lo siguiente:

1º Los menores de edad son sujetos especialmente protegidos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Ordinariamente la protección de los menores se realiza en el seno familiar, pero, en defecto de ésta, las sociedades más evolucionadas establecen un marco de protección jurídica especial para todos aquellos menores desprotegidos frente a estas situaciones tan problemáticas.

2º En la protección de los menores es determinante la figura del desamparo en cuanto establece el paso del menor del sistema protección institucional al sistema de protección funcional. Está regulada tanto en la legislación estatal como en todas las correspondientes a las Comunidades Autónomas.

3º Respecto del concepto de desamparo (primer objetivo concreto de este trabajo), el legislador español tanto estatal como autonómico parte de una caracterización general del mismo combinándolo con un conjunto de supuestos ejemplificativos (por ejemplo, artículo 18 LOPJM), que luego facilitan la adopción de las decisiones necesarias.

⁶³ Boletín número II: Estadística básica de medidas de protección a la infancia. Ministerio de Sanidad y Política Social. 2008.pp 24-32

4º Respecto de la intervención de la Administración Pública (segundo objetivo concreto de este trabajo), debe estar dirigida por el interés superior del menor, que en la última reforma legislativa ha sido desarrollado exhaustivamente para facilitar su determinación en el caso concreto (véase artículo 2 LOPJM).

5º Respecto del procedimiento de declaración de desamparo (tercer objetivo concreto de este trabajo), la última reforma legislativa ha mejorado las garantías de los derechos tanto de los menores como de sus allegados. Además, se ha introducido la declaración de situación de riesgo, de carácter preventivo y con consecuencias menos intensas que la declaración de desamparo.

6º Respecto del estudio jurisprudencial (cuarto objetivo concreto de trabajo), se comprueba que continuidad y coherencia en las declaraciones de desamparo acordadas por la autoridad administrativa competente, que aplican razonablemente el marco legal.

7º Como valoración final de la situación de desamparo y sus consecuencias jurídicas (medidas de protección del menor), si bien la adopción de la protección es acorde a la ley y la finalidad prevista, el resultado práctico es cuestionable por la limitada efectividad de la protección dispensada en términos de integración social de los menores desamparados.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Libros

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a, “La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores” en Martínez García C. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid 2016.
- BECEDÓNIZ, C; GONZÁLEZ-BUENO, G; LÁZARO, I; MARTÍNEZ, C., *Guía para la elaboración de informes previos de impacto a la infancia y a la adolescencia*, Oviedo, 2015
- DE CASTRO BRAVO, F. *Derecho Civil en España*.
- DE PALMA DEL TESO, A. *Administraciones públicas y protección a la infancia*, Madrid 2006
- DURÁN AYAGO, A. *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid 2004
- GUARDINI, R. *Las etapas de la vida*, Madrid 2006
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad” *ADC*, 1992.

- MARTÍNEZ GARCÍA, C. “Consideraciones generales acerca del sistema de protección de menores en España” en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. “Situación de desamparo y tutela administrativa” en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Madrid, 2016.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: guía para profesionales y agentes sociales*. Málaga 2015.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. *Protección jurídica del menor*, Madrid. 2001
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés superior del menor*, Madrid, 2000.
- RUIZ HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a. “El concepto del menor” en Martínez García, C. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Madrid 2016.
- SOLÍS DE OVANDO, R., *Diccionario de política e intervención social sobre infancia y adolescencia*. Cizur Menor, 2014
- VARGAS CABRERA; B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994

9.2. Otros

- Observatorio de la Infancia, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, número 18, Datos 2015, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2017.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (disponible en <http://del.rae.es?id=CQoDPlI> ; última consulta 20/03/2018)

10. ANEXOS

10.1. Legislación

- Convención de los Derechos del Niño 1989
- Ley Orgánica 1/1996 sobre la Protección Jurídica del Menor (BOE 17 de enero 1996)
- Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero 2000)
- Constitución Española (BOE 29 de diciembre 1978)
- Código Civil (BOE 25 de julio de 1889)
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE 17 de noviembre de 1987)
- Ley ordinaria 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 de julio 2015)
- Real Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978, sobre la mayoría de edad. (BOE de 17 de noviembre de 1978)

10.2. Comunidades Autónomas

- Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (DOG de 13 de julio 2011 y BOE de 30 de julio 2011)
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (DOG 29 de junio de 2006 y BOE de 11 de agosto de 2006)
- La Ley Foral de 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia (BON de 14 de diciembre 2005 y BOE 16 enero de 2006)
- Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco (BOPV 30 de marzo 2005 y BOE 14 de noviembre de 2011)
- Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba “BALORA”, País Vasco (BOPV 3 de julio de 2017)
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña (DOGC de 2 de junio 2010 y BOE 28 de junio 2010)
- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (BOA 20 de julio de 2001 y BOE 8 de agosto de 2001)
- Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo. (BOA 23 de octubre de 2008)
- 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 (DOGV 10 de julio de 2008)
- Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de integral de la atención y de los derechos de la infancia y de la adolescencia de las Illes Balears (BOE 13 de diciembre de 2006)
- Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias (BOPA 9 de febrero de 1995 y BOE de 20 de abril de 1995)
- Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia de Cantabria (BOE de 22 de enero de 2011)
- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (BOR 9 de marzo de 2006)
- Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOCL 29 de julio de 2002 y BOE 17 de agosto 2002)
- Ley 6/1995, de 28 de marzo de los Derechos de la Infancia de la Comunidad de Madrid (BOE 2 de agosto 1995)
- Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura (BOE 27 de diciembre de 1994)
- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de protección social y jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. (BOE 18 de febrero de 2015)
- Ley 1/1998, de 20 de abril de Protección a la Infancia y a la Adolescencia de Andalucía (BOE 24 de junio de 1998)
- El Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía (BOJA 16 de febrero de 2002)

- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia. (BOE 2 de junio de 1995)
- Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias (BOE 14 de marzo de 1997)
- El Real Decreto 416/1996, de 1 de Marzo de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (BOE 5 de marzo de 1996)

10.3. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- STC nº 173/1998, de 23 de julio de 1998
- STC nº 82/2016, de 28 de abril

Tribunal Supremo

- STS nº 273/2005, de 27 de octubre de 2005
- STS nº 138/2005, de 26 de mayo de 2005
- STS nº 3216/2015, de la Sala 1º de lo Civil, de 26 de julio de 2015
- STS nº 3999/2015 de la Sala 1º de lo Civil, de 28 de septiembre de 2015
- STS nº 4159/2015 de la Sala 1º de lo Civil, de 15 de octubre de 2015
- STS nº 4452/2015 de la Sala 1º de lo Civil, de 27 de octubre de 2015
- STS nº 1155/2016 de la Sala 1º de lo Civil, de 10 de marzo de 2016
- STS nº 5227/2016 de la Sala 1º de lo Civil, de 1 de diciembre de 2016
- STS nº 5330/2016 de la Sala 1º de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016
- STS nº 5668/2016 de la Sala 1º de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016
- STS nº 13/2017 de la Sala 1º de lo Civil, de 13 de enero de 2017
- STS nº 3469/2017 de la Sala 1º de lo Civil, de 2 de octubre de 2017
- STS nº 3540/2017 de la Sala 1º de lo Civil, de 11 de octubre de 2017