



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA ACTIVIDAD PÚBLICA EN EL SISTEMA DE
PROTECCIÓN A LA INFANCIA**

Alumna: Marina Martín Galán.

Área de Derecho Administrativo.

Tutor: D. Jose María Codes Calatrava.

4ºE1

JUNIO 2022

RESUMEN

En este trabajo se reflexiona acerca de la actuación que despliega la Administración Pública para garantizar la protección de los menores de edad que se encuentren en situaciones en las que no se disponga de las condiciones mínimas y, se carezca, de los cuidados mínimos para un adecuado desarrollo de la personalidad del menor, es decir, que la actuación de la administración es necesaria cuando el menor se encuentra en una situación de riesgo o desamparo. La actuación de las Administraciones Públicas, en este ámbito en concreto, se debe regir por el principio soberano del interés superior del menor, cuyo alcance se delimita. Asimismo, se aborda un estudio exhaustivo de las medidas de tutela y guarda administrativa que permiten apartar temporalmente al menor de un entorno calificado como inseguro. Y por último, analizaremos de forma crítica las modificaciones legislativas que ha introducido la Ley 8/2021 de protección integral a la infancia y a la violencia.

Palabras clave: Administración Pública, interés superior del menor, situación de desamparo, medidas de tutela y guarda administrativa.

ABSTRACT

This work reflects the actions that Public Administration do to guarantee the protection of minors in situations in which the minimum conditions are not available and the minimum care for an adequate development of the minor's personality is lacking. The action of the administration is necessary when the minor is in a situation of risk or neglect. The actions of the Public Administrations, in this area, must be governed by the sovereign principle of the best interests of the minor, the scope of which is delimited. Likewise, an exhaustive study is made of the administrative guardianship and tutelage measures that allow the minor to be temporarily removed from an environment classified as unsafe. Finally, we will critically analyse the legislative modifications introduced by Law 8/2021 on the comprehensive protection of children and violence.

Key Words: Public administration, best interests of the child, situation of abandonment, guardianship measures and administrative custody.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LOS MENORES.	5
1. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.	5
a) <i>La supremacía del interés del menor.</i>	6
b) <i>El mantenimiento de su familia de origen.</i>	8
c) <i>Objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora de la Administración</i>	10
2. PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	12
3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE SITUACIONES DE RIESGO Y EL DESAMPARO.	13
3.1 <i>Contenido de la actuación administrativa en situaciones de riesgo.</i>	14
3.2 <i>Medidas de protección al menor.</i>	16
3.3 <i>Marco competencial de la Administración en situaciones de desamparo.</i>	21
3.4 <i>Consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de desamparo.</i>	23
3.5 <i>Control jurisdiccional de la actuación administrativa.</i>	24
III. MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.	26
1. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA LOPIVI.....	26
1. <i>Sensibilización y prevención.</i>	28
2. <i>Detección precoz y refuerzo del deber de comunicación.</i>	29
IV. REFLEXIÓN ACERCA DE LA NECESIDAD DE UNA NORMATIVA ESTATAL EN ESTE ÁMBITO.	31
V. CONCLUSIONES.....	32
3. BIBLIOGRAFÍA.....	34

I. INTRODUCCIÓN.

El trabajo de fin de grado tiene por objeto un análisis crítico y exhaustivo del régimen jurídico que se establece para garantizar la protección de los menores en el ámbito de Derecho Público, en concreto, se trata de analizar la actuación de las Administraciones Públicas en el sistema de protección a la infancia, regulada en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, (a partir de ahora nos referiremos a la misma como LO 8/2021 o LOPIVI).

La violencia que se ejerce sobre los menores y la especial vulnerabilidad que acaece durante la etapa de desarrollo personal, que comporta la infancia, es un problema que ha estado presente en nuestra sociedad a lo largo de la historia; esto ha constituido el motivo por el cual, de forma paulatina, se ha ido desarrollando un marco normativo que procura una tutela efectiva del menor en esta etapa madurativa y, del mismo modo, se hayan ido configurando nuevas instituciones que tratan de acabar con la total desprotección de los menores. La necesidad de establecer nuevos sistemas de protección a la infancia se plasmó por primera vez en la Declaración sobre los Derechos del Niño en 1959 y, posteriormente, se dispuso en la Convención de derechos del niño en 1989.

Actualmente los menores se encuentran protegidos por un conjunto normativo que presenta distinto ámbito territorial: internacional, estatal y autonómico. No obstante, nuestro trabajo, se centrará, principalmente, en el marco normativo estatal y en el autonómico, concretamente, en el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Con estas leyes y sistemas de protección lo que se pretende es salvaguardar a los menores del maltrato, el hambre y el abandono. En este sentido, es necesaria la actuación de las Administraciones Públicas, que tienen el deber de custodiarles, velar por sus intereses y de eliminar los factores de riesgo y desamparo que pueden afectar a su entorno.

La necesidad e importancia de asegurar esa defensa y tutela específica, encuentra justificación en la natural desprotección que presentan los niños frente a los adultos y en la imposibilidad de que estos se valgan por sí mismos. Todo ello impone la necesidad de establecer las medidas adecuadas para evitar las graves secuelas que padece una persona cuando ha sido maltratada, abandonada o se ha sentido desprotegida durante los años en los que se produce un desarrollo esencial de la persona, tanto físico como psíquico.

Cabe destacar, la relevancia y trascendencia del tema que constituye objeto de nuestro trabajo que, principalmente, consiste en analizar la eficacia que presenta el marco jurídico previsto, destacar aquellos avances que se han producido y la comparación con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno para señalar las mejoras que son susceptibles de incorporar.

Y como paso previo a todo ello, debemos conocer y determinar aquellos principios que guían la actuación de las Administraciones Públicas a la hora de tratar con menores en situación de riesgo y de desamparo, subrayando la importancia del interés superior del menor en cualquier decisión o medida que le afecte.

Asimismo, debemos concretar el ámbito conceptual de las expresiones de situación de riesgo y situación de desamparo e incidir en sus diferencias en cuanto que la Administración ha de intervenir con medidas de diversa intensidad en consideración a una u otra situación porque las consecuencias y los efectos jurídicos se aprecian diferentes. En este sentido, se han establecido una serie de medidas de protección entre las que encontramos: la tutela, la guarda administrativa, el acogimiento familiar, el acogimiento residencial y en última instancia, la adopción; y todas ellas, que se pueden acordar por parte de la Administración Pública para garantizar la protección y permitir el desarrollo del menor, tanto físico como personal, en un entorno seguro y adecuado, conllevan la salida del menor del entorno familiar.

Otras medidas menos graves se pueden acordar para prevenir que la situación de riesgo desemboque en una situación de desamparo, medidas preventivas que se acuerdan para evitar un daño al menor y que tienen otro alcance e intensidad por cuanto que, en todo caso, permiten la continuidad del menor en el hogar familiar.

Por último, cabe analizar las modificaciones y evoluciones experimentadas en este ámbito y que sean objeto de desarrollo en este trabajo, tras la entrada en vigor de la LO 8/2021.

II. ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LOS MENORES.

1. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.

El artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contiene una

serie de principios que regulan la actuación de las Administraciones Públicas en este ámbito tutelar. Estos principios han ido soportando una serie de modificaciones para adaptarse a las actuales exigencias que presenta tanto la infancia como la adolescencia.

En la actualidad esta norma contiene un amplio elenco de principios dirigidos a garantizar la protección del menor que, sin embargo, siguiendo a GONZÁLEZ MORENO¹ procederemos a simplificar, subrayando aquellos que, realmente, rigen en la actividad administrativa y que son, los que a continuación pasaremos a detallar: *a) la supremacía de su interés superior, b) mantenimiento de su familia de origen y c) la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora.*

a) La supremacía del interés del menor.

El interés del menor es considerado como el principio supremo² y soberano que ha de regir en la actuación de cualquier persona jurídica, pública o privada, que tenga relación con los menores. Por tanto, rige la actuación de las Administraciones y organismos públicos, de los tutores legales y, cómo no, de los padres, cuando nos encontramos en el ámbito de los intereses del menor. Este principio, incuestionable, aparece recogido en diversas leyes tanto a nivel autonómico como a nivel nacional e internacional: la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, la Constitución Española, la LO 8/2021, de 4 de junio, Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, etc... Todas ellas, se articulan como sistemas de protección de los menores frente a decisiones que se toman en su representación y que van dirigidas a garantizar la primacía de sus intereses, evitando que se adopten decisiones que sean perjudiciales para estos.

Ahora bien, este principio supremo que sirve como criterio informador de la actuación de la Administración, constituye un concepto jurídico abstracto e indefinido cuyo contenido debe ser delimitado en cada caso concreto³. Efectivamente, la complicación que revisten estos

¹ González Moreno, B. (2018). *Administración pública y menores de edad: El sistema de protección a la luz de los defensores del pueblo*. REUS.

² La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero, BOE núm.15 de 17/01/1996 determina en su artículo 11.2.a) “la supremacía del interés superior del menor”, como principio rector de la actuación administrativa en materia de protección de menores.

³ Conforme a lo establecido en la STS núm. 705/2021, en aquellos casos en los que el menor goce de madurez suficiente para ser escuchado, se deberán valorar razonablemente las pretensiones de este, en atención a su interés superior, concepto que es entendido, según lo establecido por las STS 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas, como: “*un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía*”

conceptos jurídicos indeterminados es que no proporcionan una solución inmediata y concreta, sino que ha de ser interpretados para su aplicación⁴. En este sentido, siguiendo a BARTOLOMÉ CENZANO cabe considerar que, el principal problema que presenta el concepto jurídico indeterminado es su inestabilidad jurídica, ya que un mismo problema puede tener diferentes soluciones dependiendo de quien lleve a cabo su interpretación, y por ello parece preferible el establecimiento de una definición concreta y estricta del concepto, que garantice una solución justa y le dote de seguridad jurídica.

Por otro lado, el legislador no puede dar un concepto que constriña su alcance por cuanto que la casuística resulta inabarcable para su previsión legal y, precisamente, dicha indeterminación permite que un término goce de gran flexibilidad y sea susceptible de adaptarse al caso concreto.

Asimismo, la doctrina mayoritaria⁵, partiendo de lo establecido en la Convención de derechos del niño, según la cual *"lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención"*, refiere tres criterios que se han de seguir para delimitar el contenido de la expresión "interés superior del niño" y que al efecto son:

- En primer término, en cuanto constituye un derecho subjetivo del niño es de aplicación directa, pudiendo invocarse ante los órganos jurisdiccionales. De este modo "el interés superior del menor" ha de ser el criterio que se tenga en cuenta y que prime de forma absoluta, sobre otros intereses que concurran, a la hora de tomar decisiones controvertidas.
- En segundo lugar, cabe señalar que es un criterio interpretativo fundamental, de modo que cuando una disposición legal admita diferentes interpretaciones, se requiere que

de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales"

⁴ Vid. Bartolomé Cenzano, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 0(3), 46–60. <https://doi.org/10.4995/reinad.2012.1300>

En dicha revista Bartolomé Cenzano sseñala que "en nuestra legislación se concibe como un concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en el propio sistema garantista de nuestra Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Y, por tanto, el legislador no puede conocer o establecer categorías o combinaciones perfectas para una aplicación ajustada a la mejor opción jurídica".

⁵ Bruñol, M. C. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño número*, 125., Ballesté, I. R. (2012). *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108., González Moreno, B, *Administración Pública y menores de edad: el sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo*, ED Reus, Madrid, 2018, entre otros.

prime siempre aquella que mejor satisfaga las necesidades del niño. Se trata de un principio general que debe servir como criterio interpretativo para colmar las lagunas que presenta el ordenamiento jurídico, de modo que se priorice siempre aquella interpretación que resulte más favorable al menor y, por tanto, cabe indicar que siempre habrá de llevarse a cabo con pleno respeto a los derechos y protocolos contenidos en la Convención.

- Finalmente, como tercer criterio cabe señalar que se trata de una norma de procedimiento, por lo que resulta necesario motivar y evaluar cualquier decisión que se tome respecto a un niño, teniendo en cuenta las posibles repercusiones que dicha resolución puede producir en el caso concreto. En el procedimiento de toma de decisión es necesario razonar y justificar la adecuación de la solución adoptada a los intereses superiores del niño.

Este conjunto de acciones tiene por objeto garantizar el desarrollo pleno de su personalidad del menor, velar por su protección y proporcionar una vida digna para que estos adquieran la mayor dicha posible.

b) El mantenimiento de su familia de origen.

El derecho a la vida familiar se encuentra recogido en el *artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)*⁶. Esta norma garantiza la protección de la vida familiar y la vida privada del menor, en la medida en que establece una serie de limitaciones para que resulte procedente la intervención de las administraciones públicas, de modo que solo resultara legítima su intervención cuando concurren aquellos motivos y circunstancias que se hallan tasados en la Ley y, cuya concurrencia, hubiere sido declarada siguiendo el procedimiento legalmente establecido para ello.

La vida familiar, constituye un concepto jurídico referido en numerosas leyes, el cual se configura como un auténtico derecho subjetivo de la persona y cuya vulneración acarrea graves

⁶ De esta manera el referido artículo establece que; “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

consecuencias jurídicas. En este sentido, el artículo 9.1 de la Convención sobre derechos del niño establece que, “los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

Este precepto jerarquiza los distintos principios recogidos en la Convención y dispone el interés superior del menor como un límite que se erige frente a la aplicación de este otro principio que estamos analizando. En efecto, al subrayar la necesidad de garantizar el interés superior del menor se posibilita la separación del menor de su entorno familiar de origen, siempre y cuando la continuidad en la convivencia suponga un perjuicio para su normal desarrollo; de ahí que, en estos casos, el menor podrá ser separado de los padres en contra de la voluntad de estos.

En cualquier caso, el interés principal que ha de guiar la actuación de las administraciones públicas ha de ser la salvaguarda de su entorno familiar y, para ello, se deberá proporcionar todas aquellas ayudas que resulten necesarias y que sean efectivas para que esto sea posible.

Exclusivamente, en aquellos casos en los que resulte imposible la convivencia o perjudicial para el menor, ha de ser separado de sus padres y quedar bajo la tutela de las instituciones públicas competentes, previstas por el ordenamiento jurídico⁷. Esta excepción a la regla general requiere que se adopte llevando a cabo una interpretación restrictiva de los motivos que posibilitan dicha resolución.

La finalidad que presenta la vigencia de este principio es que el menor desarrolle su vida, durante la etapa de crecimiento, en un entorno que le resulte beneficioso. Debemos partir de la máxima de experiencia conforme a la cuál, la separación del menor de su entorno familiar es perjudicial para su desarrollo y acarrea daños emocionales que deben ser evitados por las

⁷ En este sentido, el menor podrá ser sustraído de su núcleo familiar cuando este no se encuentre en un ambiente seguro que garantice su desarrollo y su interés superior y sólo se permitirá su retorno a dicho núcleo cuando las necesidades básicas y el interés del menor se encuentren satisfechos. Con todo ello, una vez el menor haya sido separado de su familia de origen, se llevará a cabo un seguimiento para determinar la evolución de las circunstancias que suscitaron la sustracción para determinar si el menor puede o no regresar a su familia de origen. La STS nº 565/2009, de 31 de julio, hace referencia a, la importancia del interés superior del menor por encima de cualquier otro, y al problema de cómo debe interpretarse el mismo, cuando los progenitores o tutores legales puedan volver a ejercer de tutores legales por un cambio en los motivos que alentaron la sustracción del menor en el núcleo familiar.

Administraciones Públicas. En consecuencia, esta medida sólo se ha de aplicar en último término y de forma subsidiaria, cuando no exista otra medida eficaz que resulte menos gravosa. No obstante, no se trata de un principio absoluto y, por tanto, habrá que ponderar en cada caso concreto, si el entorno del menor constituye una fuente de perjuicios para el desarrollo de su personalidad, mucho mayor de lo que supondría su separación de la familia de origen.

Por todo ello, es necesario que se lleven a cabo una serie de protocolos que nos permitan determinar el verdadero riesgo que conlleva para el desarrollo de la personalidad del menor la ausencia o, por el contrario, la presencia de su familia. Esto se refleja en el artículo 12 de la LO 1/1996 que establece la obligación de las administraciones públicas de asegurarse de que los padres, tutores legales y demás, ejerzan sus funciones de una manera correcta y que se garantice la seguridad y el progreso del menor⁸.

c) Objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora de la Administración

Siguiendo lo establecido en el manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la protección de menores⁹, cabe destacar los diferentes niveles de protección de los menores que se regulan de forma exhaustiva:

Efectivamente, cabe recalcar que el artículo 39 de la Constitución Española (CE, de ahora en adelante) atribuye la responsabilidad de asistir y proteger a los menores, en primer término, a los progenitores o tutores legales del mismo, que deben garantizar su seguridad y el desarrollo de su personalidad en un entorno seguro y conveniente para el menor.

De modo que, subsidiariamente, para el caso de que los progenitores o tutores legales del menor no lleven a cabo las acciones que les compete para garantizar el pleno desarrollo del menor, serán las administraciones públicas las que resulten legitimadas para actuar, a fin de regularizar la situación y evitar que se produzca un daño de mayor envergadura. En este sentido, cabe subrayar que la actuación de las administraciones públicas se caracteriza por su subsidiariedad,

⁸ En aquellos casos en los que exista violencia en el entorno familiar estaría justificada la separación del menor tal y cabe interpretar con lo dispuesto en el apartado (i.) del mismo artículo, en cuanto contempla, *la protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes (...) y lo establecido en el artículo.*

⁹ García García, E., Martínez Segovia, C., Maya González, A. M. ^a., Sanz Cuesta, M. ^o R., Herrador Bueno, E., & Tomer Hernández, Á. (2018, enero). *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la protección de menores.* Madrid.es.
<https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/ServALaCiudadania/SSociales/EspInformativos/Especial%20Infancia/Publicaciones/manual.pdf>

si bien, como también le corresponde la detección del riesgo, tiene el deber actuar con la mayor celeridad posible y, siempre, conforme al interés superior del menor.

La administración pública ejercerá su función protectora estableciendo una serie de sistemas y medidas que posibilitan la prevención, por un lado, y la detección y reparación de las situaciones de riesgo, por otro¹⁰.

En primer lugar, en esa función de prevención, la Administración ha de ayudar y guiar a las familias para que cumplan con las obligaciones que les corresponden, como progenitores o tutores, en la asistencia y cuidado de los menores. En este sentido, el objetivo principal de la administración ha de ser acabar con aquellas circunstancias que suscitan la declaración de riesgo, teniendo como última opción la separación del menor de su familia de origen.

En segundo lugar, para el caso de que se determine la necesidad de una tutela, guarda o acogimiento familiar del menor para contrarrestar la situación de desamparo, las administraciones deberán garantizar el respeto de los derechos inherentes a los menores, debiendo protegerles y asistirles ante cualquier circunstancia que obstaculice el desarrollo pleno de sus capacidades.

En estos casos, la administración puede adoptar distintas modalidades de acogimiento que se disponen en función a su duración y objetivo, tal y como se establece en el art 173 bis Código Civil, (nos referiremos al mismo como CC). Así, según las circunstancias concurrentes, cabe distinguir: el acogimiento familiar de urgencia que se dispondrá como una medida de protección de carácter provisional mientras se decide cual será la medida que corresponde. Y quedará sujeta a revisión, a los tres meses en caso de menores de tres años y a los seis meses cuando se trate de mayores a dicha edad. En este caso,

Asimismo, cabe establecer el acogimiento temporal que no puede ser superior a dos años, salvo que por interés del menor se aconseje una prórroga en aquellos casos en los que se prevea que puede volver a su familia de origen o bien porque se vaya a adoptar otra medida de protección definitiva. Su adopción deberá notificarse y justificar ante el Ministerio Fiscal, las causas que han suscitado el acogimiento residencial o familiar temporal señalando el por qué no se ha adoptado una medida de carácter permanente durante ese periodo de tiempo.

Por último, el acogimiento puede ser de carácter permanente y en este caso deberán ser controlado cada seis meses el primer año y cada doce meses a partir del segundo.

¹⁰ Así se establece en el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE MENORES.

Las denuncias por razón de maltrato y violencia ejercida contra menores deberán ser comunicadas, a la mayor brevedad posible, a los servicios sociales por los profesionales que por razón de su cargo vienen obligados a ello y, también, por aquellos que presencien tales hechos¹¹.

Una vez realizada la denuncia, se procederá a su instrucción a fin de determinar si los indicios de maltrato, violencia o desamparo del menor existen o no y, en su caso, a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo para la protección del menor.

De este modo, el órgano administrativo competente iniciará de oficio el expediente de protección, habiendo de notificárselo a los progenitores o tutores legales del menor, para respetar el principio de contradicción y audiencia, en el procedimiento administrativo.

En el desarrollo de la tramitación del expediente se procederá a la práctica de aquellas investigaciones necesarias para determinar las circunstancias en las que se halla el menor, para lo cual resulta imprescindible y preceptiva la colaboración de todos aquellos profesionales que guarden relación con el menor. Dicha investigación se deberá llevar a cabo velando y garantizando, en todo caso, la seguridad y el interés del menor.

Una vez recabada la información necesaria, por un lado, se ha de oír al menor, siempre que este fuese mayor de doce años o tuviese la madurez suficiente, y también se prestará audiencia a los progenitores o tutores legales de forma separada.

Finalizada la investigación, y tras haber prestado audiencia a las partes e interesados, se procederá a declarar la medida de protección que resulte conveniente y proporcional a la situación de desamparo o la situación de riesgo en la que se halle el menor. En caso contrario, cuando se estime que no concurre ninguna de las causas que motivaron la apertura del expediente, se procederá a su archivo por considerar que no existe desprotección alguna, ni concurre ningún tipo de violencia ejercida contra el menor.

¹¹ Este deber de denuncia se encuentra señalado en el artículo 13.1 de la LO 1/96, por el que se establece que: *“Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que, por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.” En este sentido, podemos apreciar que todos aquellos que sean testigos de que produce alguna de las situaciones anteriormente nombradas, tiene el deber expreso de comunicárselo a las autoridades públicas.*”

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE SITUACIONES DE RIESGO Y EL DESAMPARO.

Conforme indica ALLUEVA AZNAR¹², debemos entender que una “situación de riesgo”, es aquella en la que, debido a causas internas o externas a la persona, su desarrollo personal o social se ve afectado de modo que resulta necesaria la intervención de la Administración.

Es importante reseñar la diferencia existente entre las situaciones de riesgo,¹³ y las situaciones de desamparo¹⁴, puesto que si bien, en ambos casos se observa la existencia de un menoscabo que afectaría al normal desarrollo del menor, la magnitud o entidad de una situación frente a la otra es disímil y, por ello, presenta diferentes consecuencias. En este sentido, cabe destacar que las situaciones de riesgo no tienen una entidad suficiente como para requerir que se produzca la separación del menor de su entorno familiar, cosa que si ocurre en las situaciones de desamparo. En consecuencia, podemos concluir que no cabe integrar las situaciones de riesgo dentro de la categoría de las situaciones de desamparo por cuanto que difiere la entidad del daño sufrido y, por tanto, el alcance de las medidas jurídicas de amparo que se precisan.

El Código Civil, tal y como dispone en su art 172 considera que la situación de desamparo “*es aquella que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*”

¹² Allueva Aznar, LA (2011). Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. *InDret*.

¹³Según el Artículo 47, del Título III, de la Ley 14/2002 , de 25 de Julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, “se considera situación de riesgo aquélla en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes para, a través de los distintos servicios especializados de apoyo a la familia, y en su caso mediante la asunción de la guarda de aquella petición de sus padres o tutores, eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo”

¹⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero "la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquella se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria".

<https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/4820681?index=0&general=menores+en+situacion+de+riesgo&searchtype=substring&concepts=menores&concepts=situacion&concepts=riesgo>

La consecuencia directa a esta situación fáctica de desamparo es la suspensión de la tutela o de la patria potestad que deberá ser asumida por las Entidades Públicas¹⁵.

Siguiendo a la profesora BENAVENTE MOREDA, procedemos a destacar los requisitos determinantes para que se produzca la situación de desamparo:¹⁶

- A. En primer lugar, debe existir una grave omisión de las funciones de protección que vienen recogidas en el artículo 154 del Código Civil, en cuya virtud los padres están obligados a velar por ellos, garantizarles las necesidades básicas que aseguren su bienestar integral, administrar sus bienes y representarlos.
- B. En segundo lugar, los menores han de hallarse en una grave situación de desprotección.
- C. Por último, es necesario que exista un nexo causal entre ambos requisitos para poder decir que nos encontramos ante una situación de desamparo, la cual debe ser una consecuencia directa de la inasistencia moral o material de quienes, precisamente, están obligados a prestarla y, así, poder aplicar las graves consecuencias que se derivan de dicha declaración.

3.1 Contenido de la actuación administrativa en situaciones de riesgo.

Una vez determinada conceptualmente la expresión de “situación de riesgo”, debemos establecer cuál ha de ser la actuación que la Administración ha de llevar a cabo en dicha situación.

Como señala PALMA DEL TESO¹⁷ la situación de riesgo en nuestro ordenamiento jurídico constituye una forma de interpretar la situación de desamparo de manera restrictiva, de modo que se evitan las consecuencias que derivan de la declaración de desamparo en aquellos casos que no gozan de tal gravedad.

¹⁵ Vid art 172 Código civil.

¹⁶ Benavente Moreda, P. (2011). Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.

¹⁷ De Palma Del Teso, Á. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de Las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. *AFDUAM*. <https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/15/Angeles%20de%20Palma.pdf>

En consecuencia, cuando un menor se encuentre en situación de riesgo, la Administración deberá llevar a cabo las medidas que resulten necesarias para proteger al menor y, se descartan la privación de la tutela o de la patria potestad.

Esta figura, permite que las Entidades Públicas actúen, de forma preventiva, para minimizar la gravedad del problema y los factores de riesgo existentes en el entorno familiar¹⁸, evitando con ello que los menores sufran los perjuicios que se derivan de la separación de su familia de origen.

El abanico de medidas que se pueden adoptar es muy extenso y no existe un *numerus clausus* que venga determinado por la ley, ello no obstante, procederemos a indicar aquellas medidas de protección que, a nuestro juicio, resultan relevantes para posibilitar el amparo de los menores en situación de riesgo: la asistencia acompañada del menor en centros educativos que va dirigida a favorecer la atención y la efectividad en el estudio del menor; la ayuda a domicilio que va dirigida hacer posible su permanencia en la familia; la atención en centros de día fuera del horario escolar; la intervención psicoterapéutica; la asistencia a programas educativos o, en definitiva, cualquier otra medida que sea útil y permita neutralizar o minimizar los factores de riesgo en el propio entorno socio familiar.

Ahora bien, cuando estas medidas de atención y protección en situaciones de riesgo no tuviesen la virtualidad o eficacia deseada, o cuando los progenitores no colaboren en el tratamiento y no se consiga la neutralización y minimización de los factores de riesgo, la Administración queda facultada para la tramitación del procedimiento que permita obtener una declaración de desamparo del menor y, consecuentemente, podrá asumir su tutela, en cuyo caso cabría adoptar medidas de protección que comportan la separación de la familia y la privación de la patria potestad¹⁹. En este sentido, en el marco concreto de intervención de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma de Madrid cabe indicar que les corresponde determinar cuándo un menor se encuentra en situación de riesgo y, al mismo tiempo, una vez comprobada y evaluada la situación, deberán proporcionar todas las medidas y ayudas necesarias para mermar o

¹⁸ Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

¹⁹ Ayuntamiento de Madrid Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales Dirección General de Familia, Infancia y Voluntariado. (2008, enero). *Manual de Intervención para la protección de menores - Ayuntamiento de Madrid*. madrid.es. <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Infancia-y-familia/Publicaciones/Manual-de-Intervencion-para-la-proteccion-de-menores/?vgnextoid=cb242c6bce8c4210VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnnextchannel=21a1b7dd3f7fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD>

erradicar aquellos factores que afectan a la esfera personal del menor. Cada menor será asignado a un profesional responsable que le ha de acompañar y juzgar si su situación va progresando, o si, por el contrario, se mantiene estable o empeora. Los servicios sociales deberán colaborar con los progenitores o tutores del menor para tratar de cambiar y revertir la situación. En caso de que no consigan modificar las circunstancias que hubiesen motivado la declaración de situación de riesgo, y, que éstas fueren consecuencia de una conducta imputable a los progenitores y tutores, o cuando éstos se nieguen a colaborar o, cuando las circunstancias concurrentes avoquen a una situación de desamparo, los servicios sociales deberán desarrollar un informe y remitirlo a la institución competente para iniciar el procedimiento de desamparo.

3.2 Medidas de protección al menor.

A. *La tutela administrativa.*

Es una institución que tiene por objeto la guarda y protección de aquellos menores que no se encuentran sujetos a patria potestad o que se hallaren en situación de desamparo²⁰. Esta puede ser asumida de forma inmediata por la Administración, sin necesidad de que se lleva a cabo un procedimiento judicial. Se trataría de una medida de carácter transitorio y temporal que perdurará hasta que se consiga paliar la situación o, en caso contrario, fuese sustituida por medidas de protección de mayor envergadura.²¹

El Decreto 121/1988, de 23 de noviembre dispone en los artículos 5 a 10 el procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor en la Comunidad de Madrid.

En este sentido, se ha dispuesto para cuando un menor se encuentre en situación de abandono o de desamparo que la Comisión de Tutela del Menor inicie de oficio expediente administrativo nombrando un Vocal Comisionado para que lleve a cabo la instrucción en el caso concreto a fin de determinar si procede o no la constitución de tutela del menor.

Una vez iniciado el expediente, la Comisión podrá solicitar el acceso a aquellos informes que hubiesen sido elaborados por los Servicios Sociales sobre el menor y su entorno. Asimismo, para tener una perspectiva exhaustiva de la situación en la que se encuentra el menor, se podrán

²⁰ Real Academia Española - RAE. (2020). *tutela de menores desamparados*. Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española. <https://dpej.rae.es/lema/tutela-de-menores-desamparados>

²¹“La tutela de menores , normativa, requisitos, procedimiento, oposición y diferencias con la guarda administrativa”. Unidad técnica jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2017/12/FICHA-TUTELA-MENORES-AMBITO-ADMINISTRATIVO-ICAM.pdf>

recabar exámenes psicológicos, educativos, médicos y todos aquellos que se estimen oportunos.

Durante el desarrollo del procedimiento deberán ser oídos los menores afectados que sean mayores de doce años, y también se podrá dar audiencia a aquellos que siendo menores de doce años tengan suficiente juicio, a los progenitores o tutores del menor y todas aquellas personas que puedan aportar información sobre la situación del menor y de su entorno.

Una vez practicadas las pruebas y estudiada la situación, si se comprueba la ausencia de riesgo o la falta de competencia de la Comisión para resolver el asunto, podrá declararse la conclusión del procedimiento y proceder bien al archivo del expediente o derivar la resolución del mismo al órgano que resulte competente.

En caso de que, por acuerdo de la Comisión, se estime que el menor se encuentra en situación de desamparo, procederá a declarar la constitución de la tutela y conjuntamente se acordarán todas las medidas que se consideren necesarias para la protección del menor. Este acuerdo deberá notificarse; al Ministerio fiscal, al Registro Civil y al servicio que promovió el inicio del expediente.

Por otro lado, se posibilita que se produzca una tutela inmediata y urgente por el Vocal Comisionado en aquellos casos que gocen de especial importancia. Esta decisión deberá ser notificada al Ministerio Fiscal, al Registro Civil y a todos aquellos servicios e instituciones que hubiesen participado en la instrucción del procedimiento.

B. La guarda administrativa.

Se trata de otro sistema de protección, por el que la Administración debe asumir la guarda de un menor. Existen dos formas de instaurar dicha medida; mediante la guarda voluntaria, que es aquella por la que los progenitores o tutores que no pueden hacerse cargo de sus hijos menores, solicitan a la administración que asuma la custodia de los mismos, por un periodo no superior a dos años, y la guarda judicial²².

²² “La tutela de menores , normativa, requisitos, procedimiento, oposición y diferencias con la guarda administrativa”. Unidad técnica jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
<https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2017/12/FICHA-TUTELA-MENORES-AMBITO-ADMINISTRATIVO-ICAM.pdf>

- Constitución de guarda voluntaria.

Siguiendo lo establecido en el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre²³, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, la guarda voluntaria, sólo puede solicitarse por aquellos progenitores o tutores que ostenten la patria potestad del menor. La solicitud deberá dirigirse bien a la Comisión de Tutela del Menor o, bien, a los Servicios Sociales de la ciudad en la que se encuentre su residencia habitual. En la solicitud se deberán expresar las circunstancias que justifican la imposibilidad de cuidar al menor así como el periodo de tiempo por el cual se reclama la tutela. La investigación del caso concluirá con la redacción de un informe en el que se propondrá un plan de actuación a la Comisión de Tutela del Menor.

El artículo 17.4 de dicho Decreto señala las personas competentes para la elaboración de los expedientes de guarda²⁴.

Al igual que en el procedimiento para la constitución de la tutela, el Vocal Comisionado podrá constituir la guarda y adoptar las medidas pertinentes en aquellos casos que gocen de urgencia. A continuación, el Vocal Comisionado elevará el acta a la Presidencia para que sea resuelto por la Comisión. No obstante, si el expediente ha sido instruido por los Servicios Sociales, deberá remitirse al Vocal Comisionado para que este, si lo estima pertinente, lo eleve a la Presidencia para que la Comisión llegue a un acuerdo. Los acuerdos tomados deberán ser notificados al Ministerio Fiscal.

C. El acogimiento familiar y el acogimiento residencial.

El acogimiento familiar surge con la introducción de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron ciertos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

Dicha Ley introdujo el concepto de acogimiento familiar, pero no estableció una diferencia entre las diversas clases de acogimiento que conocemos hoy en día, esta diversificación del

²³ Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor.

http://www.madrid.org/wleg_pub/secure/normativas/contenidoNormativa.jsf?opcion=VerHtml&nmnorma=489#no-back-button

²⁴ “a) Los Vocales Comisionados de la Comisión de Tutela del Menor. b) Los Servicios Sociales del Municipio en el que los interesados tengan su domicilio habitual, si así se establece en el oportuno convenio de colaboración entre la Consejería de Integración Social y el respectivo Ayuntamiento.”

concepto se introdujo con la LO 1/1996, de 15 de enero, que dio paso al régimen previsto en el artículo 173 bis del CC que precisa el tipo de acogimiento que se aplica en cada caso, dependiendo de las circunstancias que afecten al menor y a su entorno.²⁵

- ✓ Acogimiento en familia propia versus familia ajena. - En primer lugar, el apartado 1 de dicho artículo señala que el acogimiento podrá darse “*en la propia familia extensa del menor o en familia ajena*”²⁶, esto quiere decir, que el menor podrá ser acogido, bien por familiares propios o. por el contrario, por una familia desconocida para el mismo. El legislador, en base a los vínculos que existen con los miembros de la propia familia del menor, tíos, abuelos, primos... muestra preferencia por ésta, considerando que dentro del concepto del interés del menor se ha de priorizar a la familia extensa del menor, y, subsidiariamente, en aquellos casos en los que no sea posible, proceder a su acogimiento en familia ajena²⁷.

- ✓ Acogimiento de urgencia, temporal o permanente. - En atención a la duración del acogimiento y a los objetivos que se pretenda alcanzar cabe distinguir:

El acogimiento de urgencia que, si bien, suele emplearse para menores de seis años, puede aplicarse a los menores de cualquier edad que se encuentren en tal situación. Tendrá una duración máxima de 6 meses, durante la cual se procederá al estudio e investigación de la situación familiar, personal y social en la que se encuentra el menor, a fin de determinar si concurre la circunstancia que motivó la adopción de dicha medida. En este plazo se deberá determinar si el menor puede volver con su familia de origen o si, por lo contrario, deben adoptarse medidas de otra índole y duración.

El acogimiento familiar temporal, se caracteriza por su carácter provisional y se acuerda en previsión de que el menor pueda regresar con su familia de origen. Este tipo de acogimiento no podrá superar el plazo de dos años para evitar que se creen fuertes vínculos entre el menor

²⁵ Fundación Joaquín Molins Figueras. (2015)“El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del Código Civil” Revista de l’Institut d’ Estudis Superiors de la Família. págs 37 a 45.
<https://www.raco.cat/index.php/Quaderns/article/download/387569/487833>

²⁶ El acogimiento puede definirse como un negocio jurídico perteneciente al Derecho de familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores y a los progenitores de los acogidos, para que aquellos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa a un niño y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo en que el negocio se mantiene vigente (vid. SAP Jaén, sec. 3ª, nº 43/2008, de 21 de enero).

²⁷ Formas de acogimiento que prevé el artículo 173 bis del Código Civil.

y los acogedores. Esta modalidad de acogimiento tiene carácter preferente respecto de otras medidas de protección que resultan más onerosas para la familia de origen como son: el acogimiento familiar permanente o la adopción del menor.

- El acogimiento familiar permanente, se formalizará cuando se haya cumplido el plazo de dos años de acogimiento temporal o, cuando se trate de niños que tengan necesidades especiales y por mor a las circunstancias en las que se encuentran resulte necesario.

A continuación, desarrollaremos brevemente las causas de cesación del acogimiento familiar establecidas en el artículo 173.4 del Código Civil;

- Para empezar, se prevé la extinción del acogimiento familiar o bien, por resolución judicial o bien por resolución de la Entidad Pública de oficio o a instancia de los legitimados para ello, cuando estos consideren que es en beneficio del menor.
- Asimismo, esta medida cesará en caso de fallecimiento del acogedor del menor.
- Por último, cuando el menor de edad cumpla los dieciocho años.

D. La adopción.

Es una medida de protección a la infancia por la que un niño declarado en situación de desamparo pasa a formar parte de una familia diferente de la suya de origen, de modo que el adoptante se convierte jurídicamente en padre/madre del adoptado y éste tendrá los mismos derechos y obligaciones que cualquier hijo. Esta medida solo podrá llevarse a cabo en aquellos niños que no se encuentren bajo la patria potestad de sus progenitores o tutores o aquellos cuyos progenitores o tutores decidan por voluntad propia dar a su hijo en adopción.²⁸

Es una medida permanente e irrevocable, que solo puede llevarse a cabo por resolución judicial, de ahí que nos limitemos a indicarla como una medida de protección del menor, pero en ningún caso entra dentro del ámbito competencial de la administración. La resolución judicial tendrá carácter constitutivo del nuevo estado civil y conlleva la modificando los vínculos que existían entre el menor y su familia de origen que desaparecen y se crean ex novo con la familia de adopción.

²⁸ Berástegui Pedro-Viejo A., Gómez Bengoechea B., Adroher Biosca S. (marzo 2017) *Guía Adopción Internacional en la Comunidad de Madrid*. (n.d.). Comunidad de Madrid.
<http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM014016.pdf>

El Código Civil establece en sus artículos 175 y 176 los requisitos que deben cumplir tanto el adoptante, como el adoptado para que se pueda llevar a cabo la adopción.

3.3 Marco competencial de la Administración en situaciones de desamparo.

El Código Civil²⁹ establece que la competencia en los casos de desamparo le corresponderá a la Entidad Pública que cada territorio determine. La ley establece que las Entidades Públicas son responsables de asumir el ejercicio de la tutela del menor y de llevar a cabo las medidas necesarias para garantizar la protección de este.

De este modo, en dicho código se van a establecer las diferentes causas y procedimientos por los que la Administración puede adquirir la tutela en el caso de desamparo de los menores. A continuación, procedemos a analizar los artículos 172 a 174.

En primer lugar, el artículo 172 del Código³⁰, confía la protección de los menores en situación de desamparo a las Entidades Públicas competentes en cada territorio. Cuando éstas determinan que un menor se encuentra en situación de desamparo, se les atribuye el ejercicio de la tutela y les corresponde la responsabilidad de llevar a cabo las medidas necesarias para garantizar su protección. Todo ello deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Juez que concertó la tutela ordinaria. Posteriormente los progenitores o tutores serán informados de la resolución administrativa por la que se declara la situación de desamparo y de las precauciones adoptadas en un plazo que no supere las 48 horas.

Dicho esto, una vez que la Administración adquiera la tutela de los menores se suspenderá el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores. Así mismo, en aquellos casos en los que se considere necesario debido a la envergadura de la situación, se podrá privar a los progenitores del ejercicio de la patria potestad y declarar la suspensión definitiva de la tutela³¹.

²⁹ Código civil 172

³⁰ Así, la STS 00159/2019 de la Audiencia Provincial de Pontevedra y la STS 491/2012 de la Audiencia Provincial de Burgos, entre otras muchas, nos sirven como ejemplo para comprender la tutela automática o legal determinada por el artículo 172 del código civil. En definitiva, debemos entender la misma como una medida de protección, por la que la administración debe asumir la guarda y tutela de los menores en situación de desamparo, para garantizar su seguridad y su desarrollo en un entorno seguro y apropiado para el menor.

³¹De acuerdo con lo establecido por Blandino Garrido M. A en Medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales 12/2010, entendemos que la diferencia existente entre la suspensión y la privación de la patria potestad radica en que, en el primer caso, se suspende temporalmente el desempeño de las funciones propias de la patria potestad, mientras que, en el segundo caso, se priva a los titulares de la de la misma, por el desempeño de acciones contrarias a la misma.

Los progenitores o los tutores cuya patria potestad esté suspendida, podrán solicitar a la Administración el cese de dicha suspensión, siempre que a lo largo del periodo de dos años máximo desde que se declaró la situación de desamparo, se hubiesen alterado las circunstancias que suscitaron esa declaración.

Transcurrido dicho plazo, solo el Ministerio Fiscal queda legitimado para recurrir la resolución adoptada por la Administración. Tras este plazo queda vedada la posibilidad de oponerse a las medidas acordadas por parte de los progenitores o los tutores, si bien, se les reconoce la posibilidad de aportar cualquier tipo de prueba que acredite una alteración en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo. titularidad

A lo largo de este periodo, se podrá aplicar cualquier medida que se considere necesaria en tanto que se aprecie que no cabe que la situación familiar mejore. En estos la administración deberá comunicar la situación al Ministerio fiscal y se podrá valorar, incluso, la adopción del menor.

La resolución que declara de situación de desamparo podrá ser revocada por la Entidad pública, siempre que se considere que es más adecuado para los intereses del menor, y esta decisión deberá ser notificada al Ministerio Fiscal.

Dado que las instituciones públicas son las titulares de la obligación de atender de forma inmediata al menor, es por lo que resultan competentes para acordar a través del procedimiento administrativo, la custodia temporal de un menor. La asunción de estas medidas deberá llevarse a cabo lo antes posible, y mientras están vigentes, si se estima necesario, se deberá declarar la situación de desamparo o aquellas medidas de protección que se consideren oportunas.

En caso de que existan personas que, por su relación con el menor puedan asumir su tutela, en beneficio de este, se agilizará el procedimiento para acordar la tutela conforme a las reglas ordinarias.

Transcurrido el plazo reglamentario, sin que se hubiese formalizado la tutela o sin que se haya aprobado otra resolución, el Ministerio Fiscal impulsará las acciones que estime oportunas para que la Administración pública adopte las medidas de protección que considere más oportunas.

En segundo lugar, el artículo 172 Bis, determina que se podrá requerir a la Administración para que asuma la guarda de un menor en aquellos casos en los que por causas justificadas, los progenitores o tutores no puedan hacerse cargo de este.

Transcurridos dos años desde que la Administración asumió la guarda, el menor deberá volver con sus progenitores o con su tutor legal, no obstante, si no se dan unas condiciones favorables

para que esto ocurra, el menor será declarado en situación de desamparo. De igual manera, la Administración asumirá la guarda del menor en aquellos casos en los que el juez así lo acuerde.

En tercer lugar, el artículo 172 ter menciona distintas modalidades de guarda de los menores: acogimiento familiar o residencial.

El acogimiento familiar, comporta que la tutela del menor se deberá ejercer a través de una familia de acogida, en cuyo caso, le corresponde a la Administración designar a la/s persona/s capacitadas para efectuar la misma.

El acogimiento residencial se establece como medida subsidiaria del anterior, en cuanto el legislador indica que cuando el acogimiento familiar no sea viable se procederá al acogimiento residencial del menor, y su tramitación le corresponde al encargado del centro.

En ambos casos, prima el interés del menor y consecuentemente, siempre que sea factible se procurará la reintegración de este al núcleo familiar. Si el menor tiene hermanos, se procurará encomendar la guarda de estos a la misma persona/s o al mismo centro.

Si se declara la situación de desamparo o se asume la guarda de estos, la Administración podrá fijar una cantidad que los progenitores o tutores deberán aportar para hacer frente a los gastos resultantes de su guarda y custodia, así como las cargas que puedan derivarse de la responsabilidad civil imputable a los menores por los actos que cometan.

3.4 Consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de desamparo.

Como bien señala De Palma del Teso³², de la declaración de desamparo se derivan dos consecuencias principales: por un lado, un efecto de índole administrativa, en cuanto se producirá la asunción de la tutela del menor por parte de la Administración Pública y por otro lado, un efecto de índole civil, que es la suspensión de la patria potestad.

Tras la declaración de desamparo, la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma devendrá responsable en lo que respecta a los cuidados y necesidades del menor,

³² De Palma Del Teso, Á. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de Las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. *AFDUAM*.
<https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/15/Angeles%20de%20Palma.pdf>

asimismo, la asunción de la tutela conlleva el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 228 del Código Civil³³.

Esta medida se caracteriza por su automaticidad y por su carácter provisional, no obstante, podría devenir definitiva en aquellas situaciones en las que no se solucionen aquellos factores que motivaron la declaración de desamparo del menor y, por lo tanto, el menor no pudiese regresar con su familia de origen.

Por otra parte, la suspensión de la patria potestad supone la pérdida por parte de los progenitores o tutores de los derechos sobre los menores hasta que se consiga regular la situación, de no ser posible, se procederá a la adopción de una medida de mayor envergadura. En aquellos casos en los que se prevea la imposibilidad de que el menor regrese a su núcleo familiar, la Entidad Pública competente deberá considerar medidas alternativas, como pueden ser, el acogimiento familiar o la adopción del menor.

3.5 Control jurisdiccional de la actuación administrativa.

En un principio, los plazos legales para revocar la declaración de desamparo y para impugnar las resoluciones administrativas eran extremadamente breves y, por consiguiente, éstas eran casi inexistentes. Todo ello, constituyó una gran deficiencia en el sistema de protección de menores y un gran perjuicio para los mismos. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, introdujo una serie de modificaciones, tanto en la LEC como en el CC, que permitieron poner solución a dicho problema. Conforme a lo señalado por ESCALADA³⁴, dichas modificaciones (artículo 780 de la LEC y 172 CC) introdujeron dos nuevas formas de impugnación: las acciones de oposición y las acciones de revocación.

Las primeras, permiten impugnar aquellas decisiones administrativas por las que se determina la declaración de desamparo. Las segundas no tratan de impugnar la resolución administrativa, por el contrario, tratan de acreditar y establecer la alteración y remoción de las circunstancias que fueron tenidas en consideración para la declaración de desamparo, y que permitirían

³³ El Código Civil establece en su artículo 228, las principales obligaciones del tutor en interés del tutelado son las siguientes; «velar por él y procurarle alimentos, educarle y procurarle una formación integral, promover su mejor inserción en la sociedad, administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida, informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y rendirle cuenta anual de su admisión y oírle antes de adoptar decisiones que le afecten.»

³⁴ López, M. L. E. (2022). *La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Particularidades procesales (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

corregir la situación en la que se encontraba el menor con carácter previo a la declaración si bien, para la revocación siempre hay que tener en consideración el interés superior del menor³⁵. Precisamente, para evitar que situaciones prolongadas en el tiempo puedan revertirse a instancia de los progenitores o tutores se ha establecido un plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones de revocación, de modo que los progenitores o tutores legales cuya la patria potestad y tutela se encuentre suspendida, pero sigan conservando la misma, podrán en el plazo de 2 años desde que se les notificó la resolución que determinaba la declaración de desamparo, ejercitar tanto la acción de revocación, como la de oposición, pasado ese tiempo precluye la posibilidad de hacerlo.

Transcurrido dicho plazo, los progenitores sólo podrán aportar información de los cambios que se produzcan, pero no podrán ejercitar dichas acciones, de modo que, en este caso, sólo resultará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar o revocar las resoluciones administrativas. Asimismo, esta legitimada la Entidad Pública, que bien de oficio o a instancia de parte interesada, puede revocar la declaración de desamparo, siempre y cuando dicha decisión sea conforme al interés superior del menor.

³⁵ En este sentido, es relevante citar la TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 565/2009 de 31 julio resolviendo un recurso de casación por interés casacional por la contradicción existente en la jurisprudencia de la Audiencias Provinciales de modo que *“algunas sentencias de las audiencias provinciales reconocen una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo. Consideran la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica (SAP Toledo de 21 de noviembre de 2006, RA n.º 245/2006, aquí recurrida; SAP Castellón, Sección 2.ª, 25 de noviembre de 2008, RA n.º 79/2008; SAP Sevilla, Sección 2.ª, 31 de octubre de 2006 (JUR 2007, 182888) , RA n.º 5467/06). Otras sentencias de las audiencias provinciales, en una posición que puede calificarse de mayoritaria, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico (SAP Sevilla, Sección 6.ª, 12 de junio de 2000 (JUR 2000, 283139)_, RA n.º 3044/1999, SAP Valencia, Sección 10.ª, 29 de noviembre de 2002, RA n.º 781/2002, SAP Sevilla, Sección 2.ª, 11 de julio de 2008, RA n.º 3919/2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, 21 de abril de 2008, RA n.º 515/07; SAP León, Sección 1.ª, 30 de enero de 2008, RA n.º 373/07; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 15 de mayo de 2007, RA n.º 74/07; SAP Alicante, Sección 6.ª, 21 de febrero de 2007, RA n.º 16/07; SAP Barcelona, Sección 18.ª, 25 de enero de 2007, RA n.º 551/06; SAP Orense, Sección 1.ª, 27-07-06, RA n.º 26/06; SAP Cádiz, Sección 2.ª, 20 de enero de 2006 (JUR 2006, 129140) , RA n.º 119/05). El TS en esta sentencia sienta doctrina acogiéndose a esta última mantenida por la Audiencias de forma mayoritaria.*

III. MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

1. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA LOPIVI.

La denominada, Ley de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, ha implantado las medidas que se consideran necesarias para garantizar la protección de los menores, concretamente, su protección frente a cualquier tipo de violencia (*física, mental, descuido o trato negligente, abuso sexual...*) Dichas medidas pueden ser de carácter preventivo, o de carácter reparador.

Entre las medidas preventivas cabe encuadrar todas aquellas dirigidas a evitar que el daño se produzca, mientras que las medidas restaurativas estarían dirigidas para reparar el daño y evitar que vuelva a producirse. Su aprobación, constituye un gran avance para la prevención de la violencia en nuestro país, ya que no sólo se centra en el restablecimiento de una situación una vez que el daño se ha producido, sino que su objetivo principal es el desarrollo de mecanismos que permitan la sensibilización de la sociedad en este ámbito de prevención.

La ley conceptúa la violencia, como *“toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida, la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”*³⁶.

³⁶ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

Asimismo, desde una perspectiva positiva la ley define que se entiende por buen trato³⁷, es decir, como se debe actuar para garantizar su interés superior y el desarrollo de su personalidad.

El artículo 2 de la presente Ley determina que la misma, afectará a aquellos menores residentes en territorio español, no se tendrán en cuenta factores alternativos como pueden ser la nacionalidad y su régimen administrativo. Asimismo, el cumplimiento de esta será exigible a todas las personas ya sean física o jurídicas, públicas o privadas que se encuentren en España.

2. ESTRUCTURA Y MODIFICACIONES LEGISLATIVAS DE LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO.

Como se ha señalado anteriormente, la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio ha supuesto un avance significativo en el régimen jurídico para la protección de los menores de edad. Cabe destacar que dicha protección se ha implementado con medidas de prevención, de sensibilización de la sociedad para evitar que los menores se vean afectados por cualquier tipo de violencia y, asimismo, se han establecido mecanismos para la detección precoz y la reparación del daño una vez causado. Dicha Ley está orientada a defender y proteger la integridad de los menores frente a cualquier tipo de violencia, ello no obstante, no solo garantiza su seguridad, sino que al mismo tiempo impone la obligación de ejercer “un buen trato”³⁸ hacia los niños y adolescentes. Para ello se han implementado medidas de protección y se han detallado los ámbitos de actuación de las administraciones públicas para prevenir o reparar el daño lo más rápido posible, regulando todas las fases existentes³⁹ (prevención, detección precoz, actuación inmediata y atención por parte de las Administraciones Públicas). Asimismo, se establece en el artículo 11 de la LOPIVI, el derecho de los menores a ser escuchados en aquellos procedimientos en los que vayan a formar parte.

³⁷ Ley señala en su artículo 1.3 lo que entiende por buen trato “*aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes.*”

³⁸ La importancia del buen trato radica en el establecimiento de relaciones sanas y espacios seguros para el menor que permiten el desarrollo de su persona. Así lo que se pretende es erradicar el mal trato, pero al mismo tiempo implantar unos mínimos que garanticen los derechos de los niños. En este sentido, el buen trato se va a convertir en una obligación.

³⁹ Save the children. (2022) “*Nuevos retos legislativos; ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Aplicaciones desde la educación social.*” <https://www.coeescv.net/docs/2022/MesaLeyInfancia/Ley%20violencia%202021CVSAVETHECHILDREN.pdf>

A continuación, procedemos a desarrollar los aspectos más relevantes de la evolución legal experimentada⁴⁰ y posteriormente analizaremos las modificaciones que han sufrido los textos legislativos.

En este sentido, el Título de la citada ley establece nuevos derechos de los que pueden disfrutar los menores de edad afectados por cualquier situación de violencia. Entre estos se incluyen; el derecho a ser escuchado, el derecho a recibir asesoramiento e información legal de forma gratuita, en un lenguaje que sea comprensible para su estado de madurez, no siendo necesario que sea asesorado o acompañado por un adulto y, por último, el derecho a intervenir en los procedimientos. Siguiendo en esta línea, el Título II establece la obligación de comunicar⁴¹ de forma inmediata a las autoridades públicas cuando se de una situación de violencia. Asimismo, en este capítulo se regula el deber de la Administración de otorgar los medios necesarios para que tanto los menores como los adultos puedan denunciar de forma fácil y segura cuando un menor se encuentre en situación de riesgo o de desamparo. El título III introduce nuevos sistemas⁴² a través de los cuales se garantiza una mayor protección para los menores y más información para que los profesionales conozcan como deben actuar frente a estas situaciones. A continuación, vamos a desarrollar las medidas y niveles de actuación que se hallan establecidos en la presente Ley:

1. Sensibilización y prevención.

El principal objetivo de la LOPIVI⁴³, tal y como indica su exposición de motivos, es acabar con la violencia en la infancia y la adolescencia, para lo cual es necesario realizar campañas que promuevan la sensibilización y concienciación de la sociedad. El fin de estas campañas ha de ser suministrar información a los ciudadanos de las consecuencias y efectos que conlleva el

⁴⁰ Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. (2021, 2 agosto). *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Icab.Es. <https://www.icab.es/en/actualitat/noticies/news/Ley-Organica-8-2021-de-4-de-junio-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

⁴² Martínez, C., & Escorial, A. (2021, septiembre). *Guía sobre la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*. [plataformadeinfancia.org. https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia.pdf](https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia.pdf)

⁴³ Así señala en su artículo 3.a “Garantizar la implementación de medidas de sensibilización para el rechazo y eliminación de todo tipo de violencia sobre la infancia y la adolescencia, dotando a los poderes públicos, a los niños, niñas y adolescentes y a las familias, de instrumentos eficaces en todos los ámbitos, de las redes sociales e Internet, especialmente en el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, del ámbito judicial, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio, de la Administración de Justicia y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”

maltrato y el ejercicio de la violencia a una temprana edad. Por todo ello, para erradicar esas nocivas consecuencias, la LOPIVI establece actuaciones para prevenir la violencia⁴⁴. Asimismo, en aras a lograr ese objetivo primordial, la LOPIVI no solo garantiza la protección del menor frente a ataques que provengan del exterior también, y de forma positiva, subraya el derecho que tienen los menores a “recibir un buen trato y desarrollarse en espacios y ambientes seguros para los mismos”.⁴⁵ De este modo, se consigue delimitar los comportamientos que definen la violencia, proscribirla y establecer espacios seguros y procedimientos preventivos para acabar con dichas actuaciones a una temprana edad. Esta Ley sienta los mínimos necesarios para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad de los menores, y evoluciona desde un antiguo enfoque retributivo en el que primaba la sanción del agresor, a un enfoque preventivo que pretende garantizar los derechos de los niños y adolescentes. Además, se pasa de protocolos de actuación obsoletos y automatizados a protocolos más flexibles en el que se apuesta por medidas que garanticen el desarrollo y establecimiento de ambientes seguros.⁴⁶

2. Detección precoz y refuerzo del deber de comunicación.

En caso de que el ejercicio de la violencia no se hubiese podido evitar, corresponde a las autoridades públicas una intervención resuelta y eficaz para evitar que la situación existente se dilate en el tiempo con el menoscabo que ello supondrá para el bienestar del menor. Es imprescindible que se lleve a cabo detección precoz de la situación por parte de la Administración y, para ello, es esencial que se exija la denuncia por parte de quienes, por razón

⁴⁴Artículo 23.3 LOPIVI establece las actuaciones que van a considerarse preventivas; “a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva. b) Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. e) Las que promuevan la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la participación infantil y juvenil, así como la implicación de las personas menores de edad en los propios procesos de sensibilización y prevención. h) Las dirigidas a concienciar a la sociedad de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras. k) Las dirigidas a formar de manera continua y especializada a los profesionales que intervienen habitualmente con niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con la atención a la infancia y adolescencia, con particular atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad. l) Las encaminadas a evitar que niñas, niños y adolescentes abandonen sus estudios para asumir compromisos laborales y familiares, no acordes con su edad, con especial atención al matrimonio infantil, que afecta a las niñas en razón de sexo.”

⁴⁵ Annf, P. (2022, 8 marzo). *Claves para entender la LOPIVI (Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia)*. Nuevo Futuro. <https://nuevo-futuro.org/claves-para-entender-la-lopivi-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

⁴⁶ (2022, February 18). “Desarrollo de la LOPIVI: cambios y objetivos.” UNICEF <https://www.coeescv.net/docs/2022/MesaLeyInfancia/PPT%20LOPIVI%20UNICEF%20-%20COEESCV%20180222.pdf>

de su cargo o circunstancias, tengan el deber de proteger o asistir al menor o aquellos que se encuentren en contacto permanente con el mismo.

Para garantizar que el menor se encuentra en una situación adecuada habrá de garantizar su desarrollo en un entorno seguro, tanto a nivel familiar, como educativo, sanitario...

3. Acceso a la justicia para los menores y actuación de los Servicios Sociales.

Así, los menores van a estar legitimados para denunciar sin necesidad de asistencia de un adulto que complete su falta de madurez. Esta modificación, supone una reafirmación del derecho del menor a ser oído establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otro lado, la presente Ley concede a los profesionales de los Servicios Sociales la posibilidad de decidir la extracción del menor de edad de su entorno familiar sin que hubiere autorización judicial, siempre que se tratase de una situación de emergencia.⁴⁷

Continuando con el Capítulo IV, en el que se establecen las medidas y sistemas que se han de seguir para llevar a cabo acciones de detección temprana y para prevenir que los menores sean víctimas de posibles situaciones violentas, abusos, maltrato, etc

En cuanto a las modificaciones legislativas, son numerosos los textos legales afectados por la presente Ley: Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley General Penitenciaria, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley General de Publicidad, el Código Penal, Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, Ley de la jurisdicción voluntaria y la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (modificadora de la LOPJ)⁴⁸, cuyo estudio nos llevaría a excedernos de los límites propios de

⁴⁷ Villagrasa Alcaide, C. (2021, 20 abril). *Las 10 novedades de la nueva ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Theconversation.com. <https://theconversation.com/las-10-novedades-de-la-nueva-ley-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia-159108>

⁴⁸ Vilella Llop, P. (2022). Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. (22):84-97. <https://doi.org/10.4995/reinad.2022.15824>

este trabajo por lo que centraremos nuestra atención en los aspectos más relevantes que se han modificado:⁴⁹

1. *En el ámbito del Código Civil* se han reformado numerosas disposiciones que tienen como fundamento la protección eficaz del menor. En este sentido, cabe señalar la modificación del art. 92 CC con el propósito de garantizar una mejor protección a los menores y a su interés superior en los procesos de divorcio, separación o nulidad matrimonial y se establecen medidas para asegurar que se cumplan las condiciones de guarda y tutela que determine el juez. Asimismo, se enmienda el art 154 CC para especificar que la residencia de los menores deberá ser elegida por quienes ostenten la patria potestad, es decir, los progenitores o tutores legales del menor. Por tanto, salvo que uno de los progenitores o tutores legales quede desprovisto de la misma, será necesaria la autorización de ambos para el traslado de residencia del menor. No obstante, también podrá acordarse el cambio de residencia del menor a través de autorización judicial. En este sentido, el art. 158 CC también va a verse afectado por la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, por la que se establece que el juez tiene la facultad de tomar todas las medidas que estime necesarias con el fin de evitar que el menor sea sometido a cualquier tipo de perjuicio. En consecuencia, el juez contará con la potestad de determinar la suspensión cautelar de la tutela, la patria potestad, etc....
2. *En el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento civil*, se van a modificar los artículos 779 y 780, en consecuencia, se determina que la acción de oposición deberá ejecutarse en un plazo no superior a tres meses, desde el inicio del procedimiento de protección de menores. Asimismo, los menores podrán determinar quienes van a ejercer su defensa, se reducen los plazos de procedimiento y se prevé la opción de adoptar medidas cautelares cuando se estime oportuno.

IV. REFLEXIÓN ACERCA DE LA NECESIDAD DE UNA NORMATIVA ESTATAL EN ESTE ÁMBITO.

Tras haber analizado la importancia de la actuación de las autoridades públicas en el marco de protección de los menores de edad, nos planteamos si resultase necesario y conveniente

⁴⁹ “Medidas para la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”. Thomson Reuters Aranzadi Equipo editorial. Aranzadi digital num. 1/2021

desarrollar una legislación específica a nivel estatal para determinar los protocolos de actuación de la Administración Pública en los casos de violencia. De este modo, se podría conseguir un régimen homogéneo y único que garantizase una estricta protección de los menores en todos los ámbitos territoriales, acabando con la diversidad de regulaciones actualmente existentes en las distintas Comunidades Autónomas. Esta debería ser desarrollada conforme a lo establecido en las normas internacionales y revisada de forma periódica permitiendo solventar los problemas y vicisitudes que puedan surgir.

La Convención sobre los derechos del niño obliga a los Estados a actuar protegiendo a los niños frente a cualquier tipo de violencia garantizando su seguridad y, además, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias en materia de recuperación de los menores en el caso de que ya se haya producido cualquier tipo de abuso, abandono o maltrato.

Si bien es cierto que los estados no son directamente responsables por los actos llevados a cabo contra los niños por parte de sus progenitores o familiares, si son responsables de establecer una regulación legislativa que prevenga estos actos y que garantice la recuperación de estos en caso de que hayan sido víctimas de cualquier forma de violencia durante los años de infancia o de adolescencia. Siguiendo a *ÁLVAREZ VÉLEZ*⁵⁰, es necesario que se desarrolle una estrategia a nivel estatal que garantice el desarrollo de los derechos fundamentales de los niños y que unifique y limite la normativa de las Comunidades Autónomas en este ámbito.

V. CONCLUSIONES.

1. En lo que respecta a los principios rectores de la actuación administrativa en el marco de protección a los menores entendemos que el interés superior del menor como valor superior constituye un concepto jurídico indeterminado que posibilita que la Administración y los jueces, en su función de control de esa actuación, puedan disponer la solución que resulte más adecuada a las circunstancias del caso concreto, atendiendo a diferentes factores externos que puedan estar afectando al menor y a su entorno. Es indudable que el legislador no puede disponer una normativa que abarque todas las situaciones posibles, por ello es necesario dejar que el término sea interpretado en base a máximas de experiencia y conocimientos adquiridos por profesionales para garantizar que la medida acordada sea la que resulte más eficaz y que mejor se acomode al interés superior del menor. Precisamente, una máxima de experiencia elevada a categoría de principio que rige la actuación de la Administración es la que debe primar el mantenimiento del menor con su familia de origen, en cuanto se considera que ésta es el mejor entorno para que el menor desarrolle su personalidad. Ello, no obstante, tal y como

⁵⁰ Álvarez Vélez, M. ^a. I., Cabrera Martín, M., Díez Riaza, S., Gisbert Pomata, M., López Álvarez, M. J., Molina Blázquez, C., de Montalvo Jääskeläinen, F., Sánchez Barroso, B., & Serrano Molina, A. (2021). *Nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia*. Aranzadi.

hemos advertido en el trabajo, este último no es un principio absoluto, por cuanto que su observancia queda condicionada a que prime el interés del menor en dicho mantenimiento. La doctrina y la jurisprudencia de forma mayoritaria en supuestos en los que existía bastante polémica han resuelto que para acordar el retorno del menor a la familia no se ha de tener en consideración sólo que la evolución en la conducta de la familia de origen hubiese sido satisfactorio y que hubieren desaparecido las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo, sino que además habrá que determinar que esa es la mejor opción para el menor o si, por el contrario, concurren otras circunstancias como puede ser el grado de integración del menor en su nuevo entorno, las posibilidades de un desarrollo personal más seguro y el tiempo transcurrido que evidencien y aconsejen que el menor no vuelva a su familia de origen y la situación creada a raíz de la declaración de desamparo se mantenga, porque en este ámbito por encima de los intereses de los progenitores debe primar el interés superior del menor. Las distintas medidas existentes para la protección del menor tienen una finalidad única y no es otra que la de garantizar que el menor se encuentre en un entorno seguro que garantice el desarrollo de su personalidad. Asimismo, cabe reseñar que casi todas las medidas que la administración puede acordar para garantizar la protección de los menores que se encuentren en situación de desamparo son de carácter transitorio, con excepción de la adopción que es una medida permanente y, todas ellas, conllevan la separación del menor de su familia de origen, aunque sea de forma temporal. Precisamente, en atención a la trascendencia que dichas medidas tienen para el menor, consideramos muy positivo que se haya establecido la necesidad de dar audiencia al menor de edad para oír lo que considera al respecto e informarle en un lenguaje que le resulte comprensible de lo que allí se está decidiendo como paso previo a que la administración adopte las medidas que considere adecuadas. En todo caso, se debe hacer una aplicación de la ley primando la permanencia del menor en su familia de origen y optando por soluciones permanentes cuando el retorno o permanencia en la familia de origen sea imposible debido a factores existentes que impiden el correcto desarrollo del menor.

2. La entrada en vigor de la LOPIVI ha posibilitado una protección global y extensa que no sólo se circunscribe a la imposición de la sanción correspondiente una vez se ha causado el daño, sino que va más allá y contempla, también, actuaciones que posibilitan la prevención del daño. Cabe recordar que el ejercicio de la violencia frente a niños y adolescentes acarrea graves consecuencias para el desarrollo de su personalidad y que son de difícil o imposible reparación en un futuro, por lo que es necesario evitar que este daño se produzca y, de no ser posible, su detección lo antes posible para que minimizar lo más posible las secuelas del daño producido. Así el principal objetivo de la ley, tal y como he señalado a lo largo de mi trabajo, ha sido el de sensibilizar y concienciar a los ciudadanos de las graves consecuencias que provoca la violencia, especialmente, a esta temprana edad. En este sentido, también se ha introducido el deber de denuncia a todas aquellas personas que sean testigo de estos actos violentos y el deber de todos aquellos que por razón de su cargo tengan conocimiento o sospecha de que se puede estar ejerciendo violencia sobre los menores,
3. Para finalizar, simplemente, cabe señalar a modo de reflexión que la inexistencia de una regulación estatal en materia administrativa de protección de los menores que perfile un marco único o un sistema de mínimos genera que existan diferencias en el ámbito competencial de las

administraciones de las distintas Comunidades Autónomas, lo que genera inseguridad jurídica y no permite que se lleve a cabo una protección eficaz de los menores de edad. Una regulación unitaria nos permitiría potenciar y ofrecer una mayor seguridad de los mecanismos establecidos para proteger a aquellos menores que se encuentran en situación de desamparo y garantizar que en todo el territorio español se acuerden de manera uniforme las medidas de protección y de prevención de la violencia. Así se debería establecer un protocolo único de actuación para las administraciones y no una variedad de protocolos diferentes dependiendo de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el menor.

3. BIBLIOGRAFÍA.

1. LEGISLACIÓN.

Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor.

http://www.madrid.org/wleg_pub/secure/normativas/contenidoNormativa.jsf?opcion=VerHtml&nmnorma=489#no-back-button

Constitución española 1978

Código Civil

Ley 14/2002 , de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-16590>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

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 adopción.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-25627>

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron ciertos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs=13&cod=109&page=>

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>

Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño.

<https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>

2. JURISPRUDENCIA.

STS 76/2015, de 17 de febrero. <https://vlex.es/vid/560896654>

STS 93/2018, de 20 de febrero. <https://vlex.es/vid/704676865>

STS 705/2021, de 19 de octubre de 2021. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-705-2021-ts-sala-civil-sec-1-rec-5993-2020-19-10-2021-48382399>

La STS nº 565/2009, de 31 de julio. <https://vlex.es/vid/-231830738>

STS 00159/2019 de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

STS 491/2012 de la Audiencia Provincial de Burgos

SAP Jaén, sec. 3ª, nº 43/2008, de 21 de enero

3. OBRAS DOCTRINALES.

Allueva Aznar, LA (2011). Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. InDret.

- Álvarez Vélez, M. ^a. I., Cabrera Martín, M., Díez Riaza, S., Gisbert Pomata, M., López Álvarez, M. J., Molina Blázquez, C., de Montalvo Jääskeläinen, F., Sánchez Barroso, B., & Serrano Molina, A. (2021). *Nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia*. Aranzadi.
- Ballesté, I. R. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108.
- Bartolomé Cenzano, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 0(3), 46–60. <https://doi.org/10.4995/reinad.2012.1300>
- Benavente Moreda, P. (2011). Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Blandino Garrido, M. A. (2010). Tratamiento de las Concretas Medidas Definitivas Derivadas de las Sentencias Matrimoniales. Álvarez Alarcón, A., Blandino Garrido, M.A. y Sánchez Martín, P.: “Las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- Bruñol, M. C. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño* número, 125.
- De Palma Del Teso, Á. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de Las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. AFDUAM. <https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/15/Angeles%20de%20Palma.pdf>
- García García, E., Martínez Segovia, C., Maya González, A. M. ^a., Sanz Cuesta, M. ^o. R., Herrador Bueno, E., & Tomer Hernández, Á. (2018, enero). *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la protección de menores*. Madrid.es. <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/ServALaCiudadania/SSociales/EspInformativos/Especial%20Infancia/Publicaciones/manual.pdf>

González Moreno, B. (2018). *Administración pública y menores de edad: El sistema de protección a la luz de los defensores del pueblo*, ED Reus, Madrid.

López, M. L. E. (2022). *La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Particularidades procesales (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

4. RECURSOS DE INTERNET.

Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (s. f.). Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) (romas, 4 de noviembre de 1950) fundación Pro Derechos Humanos. (www.derechoshumanos.net).

<https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>

“La tutela de menores , normativa, requisitos, procedimiento, oposición y diferencias con la guarda administrativa”. Unidad técnica jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

<https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2017/12/FICHA-TUTELA-MENORES-AMBITO-ADMINISTRATIVO-ICAM.pdf>

Ayuntamiento de Madrid Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales Dirección General de Familia, Infancia y Voluntariado. (2008, enero). *Manual de Intervención para la protección de menores - Ayuntamiento de Madrid.* madrid.es.

<https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Infancia-y-familia/Publicaciones/Manual-de-Intervencion-para-la-proteccion-de-menores/?vgnextoid=cb242c6bce8c4210VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnnextchannel=21a1b7dd3f7fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD>

Real Academia Española - RAE. (2020). *tutela de menores desamparados*. Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española. <https://dpej.rae.es/lema/tutela-de-menores-desamparados>

Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. (2021, 2 agosto). *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Icab.Es. <https://www.icab.es/en/actualitat/noticies/news/Ley-Organica-8-2021-de-4-de-junio-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>.

Fundación Joaquín Molins Figueras. (2015)“El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del Código Civil” Revista de l'Institut d' Estudis Superiors de la Família. págs 37 a 45. <https://www.raco.cat/index.php/Quaderns/article/download/387569/487833>

Save the children. (2022) “*Nuevos retos legislativos; ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Aplicaciones desde la educación social.*” <https://www.coeescv.net/docs/2022/MesaLeyInfancia/Ley%20violencia%202021CVSAVETH ECHILDREN.pdf>

Martinez, C., & Escorial, A. (2021, septiembre). *Guía sobre la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia*. plataformadeinfancia.org. <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia.pdf>

Annf, P. (2022, 8 marzo). *Claves para entender la LOPIVI (Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia)*. Nuevo Futuro. <https://nuevo-futuro.org/claves-para-entender-la-lopivi-ley-organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

Vilella Llop, P. (2022). Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. (22):84-97. <https://doi.org/10.4995/reinad.2022.15824>

Villagrasa Alcaide, C. (2021, 20 abril). *Las 10 novedades de la nueva ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Theconversation.com. <https://theconversation.com/las-10-novedades-de-la-nueva-ley-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia-159108>

Berástegui Pedro-Viejo A., Gómez Bengoechea B., Adroher Biosca S. (marzo 2017) *Guía Adopción Internacional en la Comunidad de Madrid*. (n.d.). Comunidad de Madrid.
<http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM014016.pdf>

UNICEF (2022, February 18). “*Desarrollo de la LOPIVI: cambios y objetivos.*”
<https://www.coescv.net/docs/2022/MesaLeyInfancia/PPT%20LOPIVI%20UNICEF%20-%20COEESCV%20180222.pdf>

“Medidas para la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”. Thomson Reuters Aranzadi Equipo editorial. Aranzadi digital num. 1/2021