



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DE LOS
MENORES Y SU DECLARACIÓN
ADMINISTRATIVA**

Autor: Marta Aguilera Bermúdez

5º E3 A

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid
Abril 2020

Resumen

Hoy en día cada vez más menores de edad se ven incurso en una serie de circunstancias que, al ser calificadas de gran gravedad para su normal desarrollo físico, intelectual y afectivo, requieren su separación del ámbito familiar. Cuando el menor no encuentra amparo en el seno familiar, la Administración Pública será quien deba ejercer su protección, siempre de manera subsidiaria y atendiendo al interés superior del menor. Por tanto, aunque se trate de una materia tradicionalmente regulada por el Derecho Civil, la regulación administrativa es de notoria importancia. Este trabajo se centra en el estudio exhaustivo de la regulación de la situación de desamparo, contenida principalmente en el Código Civil y en la LOPJM, y de su declaración administrativa. Concretamente se define esta situación precisando los requisitos necesarios para su declaración y las consecuencias que derivan de esta. Asimismo, al haber adquirido las Comunidades Autónomas importantes competencias en materia de protección jurídica del menor, el análisis de la legislación nacional se complementa con el de la legislación autonómica de las Comunidades de Madrid y Andalucía. Todo ello permite conocer de una manera más profunda esta institución, comparando la concreción y claridad de las regulaciones autonómicas de las dos Comunidades señaladas.

Palabras clave: desamparo, tutela administrativa, declaración administrativa de desamparo, Administración Pública, Andalucía, Madrid.

Abstract

Nowadays, more and more minors are involved in a series of circumstances that, being qualified as very serious for their normal physical, intellectual and emotional development, require their separation from the family environment. When the minor does not find protection within the family, the Public Administration will be the one to exercise its protection, always in a subsidiary manner and in the best interest of the minor. This paper focuses on the exhaustive study of the regulation of the situation of neglected minors, contained mainly in the Civil Code and the LOPJM, and its administrative declaration. This situation is defined by specifying the requirements necessary for its declaration and the consequences that derive from it. Likewise, as the Autonomous Communities have acquired significant powers in the area of legal protection of minors, the analysis of national legislation is complemented by that of the Autonomous Communities of Madrid and Andalucia. All of this allows for a more in-depth knowledge of this institution, comparing the concision and clarity of the autonomous regulations of the two aforementioned Communities.

Key words: neglected, administrative custody, administrative declaration of neglect, Public Administration, Madrid, Andalucia.

ÍNDICE

I. INTRODUCCION.....	7
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA	7
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	9
3. METODOLOGÍA DE TRABAJO	10
4. PLAN DE EXPOSICIÓN.....	10
II. EL PAPEL DE LA FAMILIA Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES	12
1. PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD	12
2. FAMILIA COMO NÚCLEO BÁSICO PARA LA ATENCIÓN Y DESARROLLO DEL MENOR.....	13
3. ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN CASO DE NECESIDAD DE PROTECCIÓN	15
4. SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO	18
III. MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO	20
1. SITUACIÓN DE DESAMPARO. LEGISLACIÓN NACIONAL SUSTANTIVA	20
1.1. Concepto y causas.....	20
1.2. Consecuencias	23
1.3. Delimitación entre las figuras jurídicas de la guarda y la tutela administrativa.....	25
2. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO	28
2.1. Análisis de la regulación autonómica de Andalucía.....	28
2.2. Análisis de la regulación autonómica de la Comunidad de Madrid.....	30
IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DE LOS MENORES.	32
1. FASE DE INFORMACIÓN	32
2. FASE DE INICIACIÓN	34
3. FASE INSTRUCTORA	35
4. TRÁMITE DE AUDIENCIA	36
5. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.....	37
6. FASE DE RESOLUCIÓN.....	38
6.1. Declaración de situación de desamparo	38
6.2. Declaración de ausencia de desamparo.....	41

7. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA	41
V. REVOCACIÓN Y OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES	44
VI. CONCLUSIONES	49
VII. BIBLIOGRAFIA	51
1. LEGISLACIÓN.....	51
2. JURISPRUDENCIA.....	52
3. OBRAS DOCTRINALES	53

ABREVIATURAS

AP= Audiencia Provincial

BOCM= Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

BOE= Boletín Oficial del Estado

BOJA= Boletín Oficial de la Junta de Andalucía

CC= Código Civil

CE= Constitución Española

LEC= Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJM= Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

LPAC= Ley del Procedimiento Administrativo Común

ONU= Organización de las Naciones Unidas

TEDH= Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS= Tribunal Supremo

I. INTRODUCCION

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

Los menores son sujetos del Derecho necesitados de un constante cuidado por falta de madurez. En España cada vez existen más casos en los que las familias o las personas responsables de garantizar su salvaguarda no desempeñan esa obligación. El número de menores asistidos por el sistema de protección en 2018 se ha visto incrementado en un 16,6% respecto a 2014, pasando de 42.867 niños en 2014 a 49.985 en 2018¹. Producen así perjuicios en el normal desarrollo del menor al no recibir la asistencia debida por parte sus familias. La sociedad es consciente de estas situaciones y prevé los mecanismos oportunos para garantizar la protección de los menores².

La protección jurídica del menor es una materia tradicionalmente regulada por el Derecho Civil. Así, MARTINEZ DE AGUIRRE³ determina que

“El ordenamiento civil español arbitra un conjunto de instituciones de protección de menores, previstas con carácter general para atender, de modo global y estable, a las necesidades de protección según cualquier menor (...)”.

Sin embargo, tal y como expone MARTINEZ GARCÍA⁴, el hecho de que se haya producido un cambio en la mentalidad del legislador con respecto a la consideración del menor como sujeto social

“conlleva, de forma correlativa, un cambio en las instituciones de protección del menor, que, naturalmente, exceden el ámbito puramente familiar, regulado por el Derecho civil, para pasar a ser objeto de intervención, entre otras, de naturaleza administrativa”.

¹ Cfr., Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social. (2019). Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, n. 21, p. 41. Disponible en http://www.observatoriodelainfancia.mscls.gob.es/productos/pdf/Boletin_provisional_Proteccion_21-Borrador.pdf; última consulta 19/04/2020.

² Cfr., Preámbulo Decreto 282/2002, de 12 de noviembre., de Acogimiento Familiar y Adopción dictado por la Junta de Andalucía (BOJA n. 135, de 19 de noviembre de 2002).

³ Martínez de Aguirre, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, en *ADC*, vol. 45, n. 4, 1992, p. 1464. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46786>; última consulta 06/04/2020.

⁴ Cfr. Martínez García, C “Menores privados de su medio familiar” en Lázaro González, I., (Coord.) *Los menores en el Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 2002 p. 346. Con base en la introducción de este libro, en el desarrollo del capítulo citado han intervenido más autores. De esta manera se especifica que “el sistema de protección pública” ha sido tratado por Clara Martínez García.

Es por esto por lo que actualmente las Administraciones Públicas intervienen en todos los procedimientos de protección, investigando y tomando las decisiones oportunas⁵. MARTINEZ GARCIA⁶ entiende que la razón por la que se han atribuido más competencias a las Administraciones Públicas está fundamentada en la liberación de trabajo a los órganos jurisdiccionales lo que conlleva una agilización del procedimiento. Podemos afirmar por tanto, la coexistencia de ambos derechos, público y civil en la regulación de esta materia.

En 1978, con la entrada en vigor de la Constitución Española se inició una transformación de la regulación relativa a los menores de edad. Seguidamente la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁷ sustituyó el concepto de abandono por la situación de desamparo. La promulgación 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 Civil⁸ (LOPJM) trató de mejorar la técnica jurídica aplicada en la legislación anterior, distinguiendo la situación de riesgo de la de desamparo. Finalmente, la última reforma se realizó mediante la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹ que establece una regulación más profunda sobre las instituciones jurídicas de protección.

La constante evolución cultural y social que se ha llevado a cabo en España en los últimos años ha traído como consecuencia una mayor intervención por parte de las Administraciones Públicas en materia de menores en situaciones de desamparo. Como se ha mencionado anteriormente, en 2018 la cifra de menores atendidos por el sistema de protección ha sido de 49.985, aumentando en un 5.2% en el total respecto a 2017. De estos, 31.237 se encontraban sujetos a tutela, 7.228 a guarda y el resto se encontraban en estudio, es decir, en el momento previo a dictarse una medida protectora¹⁰.

⁵ Cfr., Martínez García, C., “El sistema de protección de menores en España” en Martínez García C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 385.

⁶ Cfr., *ibid.*

⁷ BOE n. 275, de 17 de noviembre de 1987.

⁸ BOE n. 15, de 17 de enero de 1996.

⁹ BOE n. 180, de 29 de julio de 2015.

¹⁰ Cfr., Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social, *op. cit.* p. 19.

Por la creciente importancia en la materia, se cree necesario llevar a cabo un análisis en profundidad de la institución del desamparo por ser la situación que produce las consecuencias más gravosas para el menor. Aun así, se estudiará en menor medida la situación de riesgo para poder establecer las principales diferencias entre ambas.

En cuanto al ámbito autonómico, las Comunidades Autónomas han ido adquiriendo competencias en la materia de protección jurídica del menor lo que ha conllevado que cada una desarrolle en sus textos legales sus particularidades. Por ello, se dedicará una parte de nuestro estudio a las singularidades encontradas en las legislaciones autonómicas de la Comunidad de Madrid y Andalucía.

Andalucía es la Comunidad autónoma de Derecho común que tuvo que atender a un mayor número de menores sobre los que dictó diferentes medidas de protección. En concreto en 2018, 9.288 fueron los menores sobre los que se decidió la tutela ex lege, la guarda voluntaria, judicial o provisional, entre otras medidas. Por su parte, la Comunidad de Madrid fue la segunda comunidad de Derecho común con más menores atendidos, 5.857¹¹.

Por este motivo se pretende analizar y comparar las regulaciones de ambas comunidades autónomas con el objetivo de verificar si son lo bastante completas como para hacer frente a tal cantidad de menores en situación de desprotección.

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo principal del presente trabajo es:

- Definir la situación de desamparo del menor, los requisitos necesarios para su declaración y las consecuencias que derivan de esta.

Como objetivos secundarios se encuentran:

- Exponer la importancia de la regulación autonómica sobre la situación de desamparo.

¹¹ Datos obtenidos del Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, op. cit., p. 44.

- Comparar la regulación autonómica sobre la situación de desamparo contenida en las legislaciones de la Comunidad de Madrid y de Andalucía, analizando su concreción y claridad.
- Establecer el procedimiento administrativo para la declaración de desamparo a través de las disposiciones contenidas en las legislaciones autonómicas mencionadas.

3. METODOLOGÍA DE TRABAJO

Para llevar a cabo este trabajo de fin de grado se han utilizado varios métodos. En primer lugar, el método legal positivista se ha empleado para realizar un análisis de la legislación nacional sustantiva y de la legislación autonómica de las Comunidades de Andalucía y Madrid sobre la situación de desamparo del menor. Asimismo, con el objetivo de mostrar un enfoque más práctico se ha expuesto jurisprudencia relevante sobre la materia.

Seguidamente, al haberse estudiado cada una de las fases que conforman el procedimiento de declaración de esta situación, se ha llevado a cabo un examen de esta práctica administrativa. Para todo ello, se han revisado materiales bibliográficos como manuales, tesis doctorales, mementos y artículos de revistas doctrinales consultando primordialmente bases de datos como Aranzadi, Dialnet o El Derecho.

4. PLAN DE EXPOSICIÓN

El presente trabajo de investigación consta de cuatro grandes bloques: el primero consiste en el análisis del papel de la familia y las administraciones públicas en la protección de los menores. En este apartado, se explicará por qué es necesaria la protección del menor de edad y cuál es el papel de la familia y de las Administraciones Públicas en esta materia. Además se diferenciarán las situaciones de riesgo de desamparo.

En el segundo bloque se lleva a cabo un estudio en profundidad sobre la situación de desamparo del menor. Inicialmente se define esta institución y sus consecuencias en base a la legislación sustantiva nacional. Asimismo, debido al imprescindible papel que juegan las Comunidades Autónomas en esta materia, se expone esta situación desde la regulación autonómica de la Comunidad de Madrid y de Andalucía.

En el tercer bloque se examinan las fases que conforman el procedimiento administrativo de declaración de la situación de desamparo. Igualmente se desarrollan las peculiaridades encontradas en las legislaciones autonómicas de las Comunidades mencionadas.

En el cuarto bloque se explican los recursos oponibles contra la administración una vez se ha dictado la declaración de desamparo. Por una parte se encuentra la posibilidad de oposición y revocación de la resolución; y por otra, el recurso extraordinario de revisión regulado por la LPAC.

Por último, se establecen una serie de conclusiones sobre todo lo estudiado. En ellas se recogerá de manera sucinta el avance del conocimiento que se ha logrado con el trabajo.

II. EL PAPEL DE LA FAMILIA Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES

1. PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD

En Derecho español se ha establecido la edad de dieciocho años como momento en el que se alcanza la edad adulta y se pone fin a la minoría de edad. La Constitución española confirma este criterio en su artículo 12 al establecer que: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Asimismo, desde una perspectiva internacional, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990, define en su artículo 1 como niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En una primera aproximación, se puede explicar de la siguiente manera: la mayoría de edad denota la condición de quien, a los efectos jurídicos, puede valerse por sí mismo; la minoría de edad, la condición de quien no puede valerse por sí mismo¹². Además, tal y como expresa MARTINEZ DE AGUIRRE¹³, los menores de edad no gozan de la capacidad natural necesaria para actuar de forma autónoma y para cuidar de sí mismos. Así será necesario que una serie de personas o instituciones jurídicas velen por el cuidado de estas personas que no pueden hacerlo por sí solos. Se crea por tanto, un sistema de protección muy completo previsto por el ordenamiento jurídico para los menores de edad.

A la hora de analizar las instituciones jurídico-civiles de protección de menores, pueden distinguirse dos modelos de protección: el institucional y el funcional. El modelo institucional lo forman el conjunto de instituciones que, de manera complementaria y supletoria, prevén todas las situaciones posibles en las que se puede encontrar el menor y sus necesidades, ofreciendo distintos niveles de protección. Estas instituciones son la patria potestad, protección recibida por parte de los padres; la tutela, prestada por un tutor en caso de ausencia de padres; la curatela que complementa a la tutela, y el defensor judicial, quien asiste de manera subsidiaria. Por otra parte, el modelo funcional es aplicado supletoriamente en los supuestos en los que el menor se encuentra en situación de desamparo producida por la ineficacia de las instituciones citadas. Los mecanismos

¹² Cfr., Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.^a, “La persona menor de edad. Aproximación histórica y conceptual” en Martínez García, op. cit., p. 73.

¹³ Cfr., Martínez de Aguirre, C., op. cit., p. 1399.

que ofrecen protección a los menores en estos casos son la tutela o la guarda administrativa¹⁴.

2. FAMILIA COMO NÚCLEO BÁSICO PARA LA ATENCIÓN Y DESARROLLO DEL MENOR

En un primer acercamiento hacia esta cuestión encontramos que nuestro texto constitucional en su artículo 39 apartados segundo y tercero determina lo siguiente:

“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Este precepto denota un carácter mixto debido a que establece como responsables de la protección de los menores tanto a la familia como a las Administraciones públicas. Si bien, en un primer momento puede parecer que sean ambos los encargados del cuidado de los menores en el mismo grado de obligatoriedad, los padres son los que se encuentran obligados en virtud de la patria potestad. En este sentido, DE PALMA DEL TESO¹⁵ reconoce a la familia como “primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación”.

Históricamente se ha considerado la familia como el ámbito prioritario de desarrollo del menor y de protección de su interés superior. En este sentido, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado por España en 1995, introduce como uno de los principios generales a los que deben sujetarse los Estados firmantes la imposición de reconocer “que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”. De esta manera, “cada Estado debería

¹⁴ Cfr. Martínez de Aguirre, op. cit., p. 1463-1475.

¹⁵ De Palma del Teso, A. “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”. *AFDUAM*, n. 15, 2011, pp. 187. Disponible en <http://hdl.handle.net/10486/662986> ; última consulta 30/03/2020.

tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen”.

Por otra parte, en el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶ reconoce en su preámbulo a la familia como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, (...)”. Asimismo, definen el entorno familiar como el idóneo “(...) para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (...)”

La ONU se muestra define a la familia en los mismos términos que la Convención y además, destaca la importancia de un entorno familiar donde los menores se sientan apoyados, protegidos y cuidados¹⁷. Aquellos que no son criados en este ambiente pueden llegar a encontrarse en una situación especial de riesgo de desprotección, sufriendo grandes perjuicios.

Dentro del ámbito de desarrollo del menor, la educación es uno de los derechos fundamentales que deben ser garantizados. El derecho de los padres a decidir sobre la educación de los hijos se encuentra recogido tanto en la legislación internacional como en el nacional. El Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁸ indica en el art. 2 la obligación del Estado a respetar “el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. En el mismo sentido la CE determina que

“los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones¹⁹”.

¹⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁷ Cfr. Punto II, A del Anexo de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, 2010, p. 2. Disponible en https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/142&Lang=S; última consulta 18/04/2020).

¹⁸ Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa el 20 de marzo de 1952 (BOE n. 108, de 6 de mayo de 1999).

¹⁹ Art. 27.3 CE.

Resulta interesante destacar que en la legislación autonómica también se ha hecho referencia a la significación del ámbito familiar para un menor. En concreto, Andalucía, una de las Comunidades Autónomas cuya legislación analizaremos durante este trabajo, lo pone en relieve en el preámbulo del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, del acogimiento familiar y la adopción ²⁰:

“La familia se configura como el instrumento social idóneo para la formación y el desarrollo personal del menor, en la medida en que no sólo es un medio de transmisión de valores y de pautas de conducta, sino que constituye el núcleo humano en el que el menor puede cubrir más ampliamente sus necesidades afectivas”.

Por todo lo anterior, podemos concluir afirmando que los progenitores, tutores o guardadores son los principales encargados del cuidado de los menores que se encuentren a su cargo; debiendo proporcionarles los recursos necesarios para garantizar su desarrollo integral.

3. ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN CASO DE NECESIDAD DE PROTECCIÓN

Según el principio de subsidiariedad de la intervención pública, los poderes públicos, y en concreto, las Administraciones públicas son las encargadas de mediar en caso de necesidad de protección. En primer lugar, facilitando medios a los responsables del cuidado de menores para que cumplan con su deber. En segundo lugar, haciéndose cargo de ellos cuando los padres o encargados del cuidado de los niños no lo hagan.

Tal y como señala LACUEVA SAINZ²¹, este intervencionismo administrativo en la materia ha supuesto que se trate la situación del menor como un asunto tanto de Derecho civil como de Derecho Público.

Si bien se podría llegar a pensar que son los tribunales de lo contencioso administrativo los encargados de conocer los litigios que se presenten sobre esta materia, es la

²⁰ BOJA n.135, de 19 de noviembre de 2002.

²¹ Lacueva Saiz, J.C., Tutela judicial del menor en situación de desamparo (Tesis Doctoral). Universidad de Valencia, 2018, p. 126. Disponible en <http://hdl.handle.net/10550/66496>; última consulta 07/04/2020.

jurisdicción ordinaria la competente para llevar a cabo el control judicial sobre el sistema de protección de menores²².

La legislación internacional, estatal y autonómica admite en sus textos la actuación de las Administraciones públicas para asegurar la protección del menor.

En el ámbito internacional, la ONU reconoce las dos formas de intervención de las Administraciones públicas. De manera previa, introduce que es “el Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora²³”. Seguidamente, contempla el deber del Estado de actuar de manera subsidiaria:

“Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño²⁴”.

En cuanto a la legislación estatal, el apartado primero del artículo 39 de la CE encomienda a los poderes públicos el deber de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. Además, como introdujimos en el punto anterior, en el apartado segundo impone la obligación de las Entidades públicas de asegurar la protección de los niños.

La actuación de los poderes públicos en el ámbito de la protección del menor debe respetar los principios del artículo 11.2 de la LOPJM:

“a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares (...). c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, (...). i) La protección contra toda forma de violencia, (...). j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia. k) La accesibilidad universal de los

²² Cfr. Martínez García, *op. cit.*, p. 386.

²³ Punto II, A del Anexo de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, *op. cit.* p. 3.

²⁴ *Id.*

menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual. m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural”.

De esta manera, la LOPJM en su artículo 12 prevé un conjunto de actuaciones de protección que tienen que llevar a cabo los poderes públicos en caso de que un menor se encuentre desatendido. Concretamente, el primer apartado enumera los diferentes tipos de intervenciones que pueden llevar a cabo según la situación en la que se encuentre el menor. Así, en el caso concreto en el que se declare la situación de desamparo, como analizaremos más adelante, los poderes públicos asumirán la tutela del menor.

Por tanto, tal y como determina DE PALMA DE TESO²⁵, “las Administraciones Públicas deberán actuar *de forma subsidiaria* siempre que los padres no cumplan de forma adecuada sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizada su protección y el disfrute de sus derechos; en definitiva, su pleno desarrollo como personas”.

Además, tal y como se señala en la introducción de este trabajo, se ha producido la cesión de competencias sobre esta materia a las Comunidades Autónomas. Así lo reconoce el preámbulo de la Ley 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia²⁶:

“(…) la Ley Orgánica 1/1996, (...) es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores”.

De esta manera, cada Comunidad autónoma ha ido regulando en su legislación las particularidades sobre la protección de menores. Concretamente se va a llevar a cabo en este trabajo un análisis de la regulación sobre la situación de desamparo en las legislaciones autonómicas de las Comunidades de Madrid y Andalucía.

²⁵ De Palma de Teso, op. cit., p. 187.

²⁶ BOE n. 175 de 23 de julio de 2015.

El reconocimiento general de la competencia en esta materia en Andalucía se encuentra en su Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo²⁷. Concretamente, el artículo 61.3 reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

“(…) en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal”.

De la misma manera, en la Comunidad de Madrid, el Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, le atribuye competencia exclusiva en materia de “protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud²⁸”.

4. SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO

Como describe SOLÍS DE OVANDO son tres los elementos que definen una situación de desprotección: a) las personas responsables de cubrir las necesidades básicas del menor no lo hacen (no pueden, no quieren, no saben); b) esa situación no es contrarrestada por nadie que lo atienda; c) el menor ha sufrido (o está en grave riesgo) un daño significativo²⁹.

Por este motivo, existen diferentes niveles de intervención por parte de las Entidades Públicas según la gravedad de las circunstancias en las que se encuentre el menor falto de asistencia. Así tal y como dispone el artículo 12 de la Ley 1/1996, los poderes públicos podrán intervenir:

“mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley (…)”.

²⁷ BOE n. 68, de 20 de marzo de 2007.

²⁸ Artículo 26.1.24 de la Ley Orgánica 3/1982, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE n. 51, de 1 de marzo de 1982).

²⁹ Solís de Ovando, R., *Diccionario de política e intervención social sobre la infancia y adolescencia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 64.

Como se puede comprobar, la actuación de las Administraciones públicas se extiende a numerosos momentos. El primero de ellos consiste en la adopción por la entidad pública de una serie de medidas de prevención por encontrarse el menor en una circunstancia real de desprotección, pero que no llega a ser tan grave como para declararlo el situación de desamparo³⁰. Se trata de la denominada situación de riesgo, concepto asentado por la Ley Orgánica 1/1996, aunque no fue hasta la promulgación de la Ley 26/2015 cuando se consiguió una regulación estatal más completa de esta institución. Asimismo, esta ley ha permitido introducir novedades con respecto a los instrumentos de intervención por parte de las Administraciones públicas³¹.

Su definición se encuentra recogida en el artículo 17.1 LOPJM:

“Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos y de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afecten y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)”

Se puede por tanto, establecer dos características fundamentales derivadas de esta definición que la diferencian de la institución de desamparo. En primer lugar, se trata de una medida de prevención producida por una desprotección de menor gravedad. Así, la segunda particularidad a destacar es que no se produce la separación del menor de su ámbito familiar ni la asunción de la tutela por parte de la Entidad pública³². En este sentido, el legislador ha entendido que cuando se produce una situación de riesgo, el menor no debe ser separado de su ámbito familiar. La gravedad de las circunstancias es mucho menor que las de un menor que se encuentra en situación de desamparo³³.

³⁰ Cfr. Lázaro González, I., *Los menores en el Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 351-352

³¹ Cfr. Martínez García, op. cit., p. 391.

³² Id.

³³ Cfr. Noriega Rodríguez, L. “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, fascículo I. 2018, p. 122. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2018-10011100152 ; última consulta 29/03/2020.

III.MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

1. SITUACIÓN DE DESAMPARO. LEGISLACIÓN NACIONAL SUSTANTIVA

1.1. Concepto y causas

La LOPJM constituye, junto a las previsiones del CC en esta materia, el principal marco regulador estatal de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Esta ley ha sido el referente de la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando posteriormente, de acuerdo con sus competencias en esta materia³⁴.

Actualmente, la situación de desamparo se encuentra definida en el artículo 172.1 párrafo segundo del CC como

“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Para que se produzca el desamparo de un menor serán por tanto necesarios dos requisitos. BALLESTEROS DE LOS RÍOS³⁵ se refiere a ellos como el requisito de resultado y el causal. El primero es la falta de asistencia moral o material, deber que recoge la CE en el art. 39.3 de los padres a “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, duramente su minoría de edad (...)”. Mientras que el causal es el que la inasistencia se haya producido por el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

Mucha es la jurisprudencia que se ha pronunciado acerca de estas dos características de la definición de la situación de desamparo. Así, la sentencia de la AP de Málaga de 29 de septiembre de 2016³⁶ señala que

“(...) debe entenderse por tal aquella situación de hecho caracterizada por dos notas, una, por su resultado, la falta de asistencia moral o material del menor, de suerte que

³⁴ Cfr., Exposición de motivos, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (BOE n. 180, de 29 de julio de 2015).

³⁵ Cfr. Ballesteros de los Ríos, M. “Comentario al art. 172 del CC”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi., 2009 [Base de datos Aranzadi. Ref. BIB 2009\7508]. Última consulta 07/04/2020.

³⁶ FJ 2º Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 6ª, núm. 634/2016, de 29 de septiembre de 2016 [versión electrónica - base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2016/290339]. Última consulta: 29/03/20.

puede afirmarse que no está siendo debidamente atendido en sus necesidades mínimas en esos órdenes conforme a niveles común y socialmente exigibles, otra, causal, que consiste en que esa situación sea consecuencia del incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección (...).”

Algunos autores como NORIEGA RODRIGUEZ³⁷ entienden que es necesario la existencia de la relación de causalidad mencionada entre el incumplimiento, imposibilidad o inadecuación del ejercicio de los deberes de protección y la falta de asistencia moral o material. Asimismo, la sentencia de la AP de Almería de 29 de enero de 2014 entiende que el concepto de asistencia moral y material debe ser objeto de una interpretación restrictiva,

“(...) de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común³⁸”.

La última modificación de la ley 1/1996, ha completado la definición de la institución del desamparo contenida en el art. 172.1 CC, ya que antes de que se promulgara esta reforma el concepto jurídico de situación de desamparo era indeterminado. El artículo 18 introduce por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que determinan esta situación. Incluye una importante clarificación y unificación de los criterios necesarios para su declaración³⁹. Se ha conseguido recoger en una misma ley los criterios jurisprudenciales y los establecidos por la legislación autonómica a lo largo de los años.

A continuación, se enumeran brevemente las causas que pueden dar lugar a la declaración de la situación de desamparo, definidas de manera más extensa en art. 18.2 LOPJM:

- El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.
- El transcurso del plazo de guarda voluntaria.
- El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor.

³⁷ Cfr. Noriega Rodríguez, op. cit., p. 127.

³⁸ FJ 3º Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm. 175/2013, de 29 de enero de 2014. [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. Roj: SAP AL 30/2014]. Última consulta: 27/03/20

³⁹ Cfr., Exposición de motivos Ley 26/2015.

- El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de los progenitores, tutores o guardadores.
- El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares.
- La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.
- La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria⁴⁰.

La ley señala además la necesidad de que estas circunstancias “valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor⁴¹”. En consecuencia, no vale simplemente con que se den alguna de estas situaciones, sino que deben ser lo suficientemente graves como para declarar al menor en situación de desamparo.

Este mismo artículo, previo a enumerar las causas señaladas, realiza una aclaración sobre las circunstancias que dan lugar a la situación de desamparo. Establece así que, tanto la situación de pobreza como la discapacidad del menor, no serán elementos para tener en cuenta en la declaración de la situación de desamparo⁴². En cambio, el órgano administrativo encargado sí tomará en consideración el hecho de que el menor tenga un hermano en dicha situación⁴³.

Podemos concluir indicando que la situación de desamparo debe ser provocada por una situación de hecho, que según la Sentencia de la AP de Cádiz de 26 de enero de 2007⁴⁴

“puede ser voluntaria o querida por los progenitores, o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias en los padres,

⁴⁰ Cfr. Art. 18.2 párr. cuarto de la LOPJM.

⁴¹ Id.

⁴² Cfr. Art. 18.2 párr. segundo de la LOPJM

⁴³ Cfr. Art. 18.2 párr. tercero de la LOPJM.

⁴⁴ FJ 1º Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, núm. 47/2007, de 26 de enero de 2007 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2007/44825]. Última consulta 07/04/2020.

que aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos, no puedan de hecho realizarlo”.

Por tanto, para que se declare debe darse una situación objetiva de inasistencia material o moral, es decir, carencias tanto de alimento o educación como en el ámbito afectivo.

Como se ha podido comprobar, el CC no ofrece supuestos precisos en los que pueda darse falta de asistencia del menor provocada por un mal ejercicio de los deberes de protección jurídica del menor impuestos por la ley. Por este motivo, la LOPJM introduce una serie de circunstancias definidas con detalle como indicadores de desamparo, siendo todas ellas situaciones en las que el menor podría ver afectado gravemente su desarrollo tanto físico como intelectual o emocional.

1.2. Consecuencias

La declaración de la situación de desamparo de un menor se lleva a cabo mediante resolución administrativa del órgano de la Entidad Pública competente. De esta manera, el artículo 172.1 del CC determina la obligatoriedad de intervención de la Entidad pública, la cual debe asumir la tutela del menor, siendo esta la principal consecuencia de la declaración de desamparo tal y como se desarrollará en el siguiente apartado. Asimismo, el artículo 18.1 de la LOPJM hace referencia a esta competencia:

“Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, (...)”

Siguiendo a DE PALMA DEL TESO⁴⁵ la declaración tiene dos consecuencias inmediatas: la primera, de carácter administrativo es la asunción por parte de la Entidad pública de la tutela del menor. La segunda, de naturaleza civil, deriva de la tutela administrativa y es “la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria⁴⁶”. Sin embargo, las personas que ostentaban la patria potestad podrán seguir realizando actos de contenido patrimonial en representación del menor⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. De Palma de Teso, op. cit., p. 212

⁴⁶ Art. 172.1 párrafo tercero del CC.

⁴⁷ Cfr. Ibid.

Como recuerdan LEIVA RODRÍGUEZ Y GARCÍA GARNICA, la suspensión de la patria potestad supone la separación del menor de su ámbito familiar, por lo que “se trata de la forma de intervención más intensa que tiene la Administración en orden a la protección de menores⁴⁸”. Como se expondrá en los siguientes apartados, el órgano encargado de ejercer esta tutela administrativa es diferente en cada Comunidad autónoma de acuerdo con la estructura orgánica de funcionamiento de cada Entidad Pública⁴⁹.

Si bien es cierto que en principio se produce la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, según el párrafo cuarto del art. 172.1, “la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela”.

Siguiendo a GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA⁵⁰, podemos establecer que dos de las características fundamentales de la tutela administrativa son en primer lugar, su automaticidad, ya que la ley precisa de la intervención de la Entidad pública sin necesidad de intervención judicial y, en segundo lugar, se trata de una medida provisional porque permite la posible reintegración del menor en su familia de origen en caso de que cese la situación de desprotección.

Además, al asumir la tutela, la Administración pública “deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria⁵¹”.

Sobre la necesidad de que estas medidas siempre estén orientadas a favorecer el interés del menor existe una doctrina jurisprudencial asentada. Fue la Sentencia del TS de 31 de julio de 2009⁵² la primera que argumentó que

“Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan

⁴⁸ Leiva Rodríguez, B., y García Garnica, M.^a. C., “Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)”. *El Genio Maligno, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, n. 19, 2016, p. 109. Disponible en <https://elgeniomaligno.eu/analisis-las-instituciones-del-sistema-proteccion-menores-reforma-la-ley-organica-82015-la-ley-262015-i/> ; última consulta 27/03/2020.

⁴⁹ Cfr. Art. 18.3 LOPJM

⁵⁰ González Pillado, E., y Grande Seara, P. *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 40

⁵¹ Art. 172.1 CC.

⁵² FJ 6º, párr. séptimo. Sentencia TS (Sala de lo Civil), Sección 1ª, núm. 565/2009, de 31 de julio de 2009 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2009/225075]. Última consulta: 08/04/2020.

posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

La reinserción del menor en su ámbito familiar debe basarse siempre en una serie de hechos probados⁵³ que permitan establecer de manera objetiva que esta situación va a favorecer el desarrollo del menor. La jurisprudencia es bastante estricta al respecto, ya que la sentencia que se acaba de mencionar indica que para declarar la reinserción familiar

“no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor (...)”⁵⁴

Finalmente, como consecuencia de asunción de la tutela o de la guarda del menor por parte de la Entidad pública, ésta elaborará “un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar⁵⁵”. Asimismo, la guarda podrá realizarse mediante acogimiento familiar o residencial, aunque como se ha expuesto, al existir la posibilidad de “retorno a la familia de origen”, el programa en este caso será el de reintegración familiar⁵⁶.

Estas disposiciones son comunes a la tutela administrativa y a la guarda voluntaria, figura que veremos a continuación, reguladas en el art. 19 bis de la LOPJM y en el art. 172 ter CC.

1.3.Delimitación entre las figuras jurídicas de la guarda y la tutela administrativa

En este punto, resulta interesante diferenciar la tutela administrativa asumida como consecuencia de la situación de desamparo, de la guarda voluntaria o administrativa.

⁵³ Cfr. Memento Familia (Civil) 2018-2019 [versión electrónica - base de datos EL DERECHO Ref. 2797]. Última consulta 08/04/2020.

⁵⁴ FJ 6º, párr. noveno. Sentencia TS (Sala de lo Civil), Sección 1ª, núm. 565/2009, de 31 de julio de 2009 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2009/225075]. Última consulta: 08/04/2020.

⁵⁵ Art. 19.1 bis LOPJM

⁵⁶ Cfr. Art. 19.2 bis LOPJM

La guarda voluntaria es una medida administrativa que tiene como objetivo que la Entidad pública asuma la guarda del menor en el caso en el que la familia no pueda hacerse cargo por un tiempo limitado. Se encuentra regulada en los artículos 172 bis del CC y en el artículo 19 de la LOPJM.

Para que esta tenga lugar, en primer lugar, deben darse “circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas⁵⁷”. No existe en la legislación una enumeración de cuáles son estas causas, pero se entiende que no son tan graves como las que concurren en la declaración de desamparo. Además, al definir las circunstancias como transitorias, cabe pensar que los progenitores y tutores volverán a desempeñar sus responsabilidades con respecto al menor⁵⁸. En este sentido, la ley establece un plazo máximo de dos años:

“La guarda voluntaria tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo⁵⁹”.

En segundo lugar, en la guarda voluntaria son los progenitores o tutores los que “podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario⁶⁰”. Se trata por tanto de una medida voluntaria, no declarada de oficio por parte de las Administraciones públicas.

Finalmente, la asunción por parte de la Administración pública de la guarda administrativa no supone la suspensión de la patria potestad como sí ocurre con la tutela administrativa en la situación de desamparo⁶¹. Esto trae consigo consecuencias importantes, ya que en el caso de la guarda voluntaria, los progenitores siguen teniendo las obligaciones derivadas del art. 154 CC. El menor por tanto, aunque no conviva con sus progenitores, puede seguir teniendo relación con ellos⁶².

Si bien existen diferencias entre ambas, tanto la guarda derivada del ejercicio de la tutela administrativa en la situación de desamparo como la guarda voluntaria o administrativa

⁵⁷ Art. 172.1 bis CC.

⁵⁸ Cfr. Martínez García, op. cit. p. 398.

⁵⁹ Art. 19.2 LOPJM.

⁶⁰ Art. 172.1 bis CC

⁶¹ Cfr. De Palma de Teso, op. cit., p. 215.

⁶² Cfr. Santamaría Pérez, M.^a, L. La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional (Tesis Doctoral). Universidad Internacional de Cataluña, 2017. Disponible en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_Mar%C3%ADa_Luisa_Santamar%C3%ADa_P%C3%A9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y ; última consulta 29/03/2020.

se llevan a cabo mediante el acogimiento familiar. En cambio, si éste no es posible o conveniente para el interés del menor, se realizará mediante el acogimiento residencial⁶³

En definitiva, tal y como expresa NORIEGA RODRIGUEZ⁶⁴ se trata de una medida que pretende subsanar la desprotección del menor y que, por tanto, tiene como objetivo evitar que se produzca una situación agravada que lleve a la situación de desamparo.

⁶³ Artículo 172.1 ter CC.

⁶⁴ Cfr. Noriega Rodríguez, op. cit., p. 138.

2. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

2.1. Análisis de la regulación autonómica de Andalucía

La regulación esencial sobre protección de menores en Andalucía se encuentra en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía⁶⁵, en el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía⁶⁶ y el Decreto 210/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (SIMIA)⁶⁷.

Al igual que la legislación estatal, la Ley 1/1998 diferencia la situación de riesgo y la de desamparo. El primer supuesto, regulado en el art. 22, supone la existencia de carencias o dificultades en la atención de necesidades básicas requeridas para el normal desarrollo de un menor. Se trata de circunstancias que no son tan graves como para separar al menor de su ámbito familiar. Para acabar con esta situación se deberá elaborar y poner en marcha un proyecto de intervención social individual y temporalizado con los recursos y actuaciones más adecuados para tal fin⁶⁸.

Las disposiciones concretas sobre el desamparo y la tutela se encuentran en el Capítulo III del Título II de esta ley. Para la definición de la situación de desamparo el art. 23.1 se remite expresamente al art. 172.1 CC. Aunque el artículo 23 enumera una serie de circunstancias que deben ser apreciadas por la administración pública para la declaración de la situación de desamparo: el abandono, ausencia de escolarización del menor, malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte del ámbito familiar o de terceros con consentimiento de la familia, inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, drogadicción o alcoholismo del menor, trastorno mental grave de los padres, drogadicción en el ámbito familiar, convivencia en un ámbito que perjudica la integridad moral del menor o su desarrollo y ausencia de personas que puedan ejercer la guarda del menor⁶⁹.

⁶⁵ BOE n. 150, de 24 de junio de 1998.

⁶⁶ BOJA n. 20, de 16 de febrero de 2002.

⁶⁷ BOJA n. 227, de 23 de noviembre de 2018.

⁶⁸ Cfr. Art. 22.2 Ley 1/1998.

⁶⁹ Cfr. Art. 23.1 Ley 1/1998.

Por otro lado, el Decreto 42/2002 prevé en el art. 18 una situación especial en la que si el menor ha perdido el contacto con sus padres o representantes legales de manera temporal, no se va a declarar la situación de desamparo hasta que no se compruebe que no se puede determinar la filiación de este menor o se verifique que los padres o representantes legales han provocado esta situación incumpliendo sus deberes.

El art. 20 de esta resolución ofrece además la misma definición de la situación de desamparo que la contenida en el art. 172.1 CC.

En cuanto al procedimiento de declaración, que explicaremos detalladamente en el siguiente apartado, el art. 23 de la Ley 1/1998 indica que quien debe iniciar el expediente de protección es el órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que conozca de la posible situación de desamparo⁷⁰. Sin embargo, el Decreto 42/2002 lleva a cabo una regulación más exhaustiva que la Ley autonómica sobre el procedimiento de declaración de desamparo exponiendo cada una de las fases que se han de seguir en el Capítulo IV, Sección 2ª.

En la actualidad, las Comisiones Provinciales de Medidas de Protección de Menores son las encargadas de declarar la situación de desamparo, asumir la tutela o adoptar las medidas necesarias para el ejercicio de la guarda del menor, entre otras funciones⁷¹.

Por otra parte, cabe enunciar la regulación más actual sobre esta materia, el Decreto 210/2018, una resolución que permite la existencia de un procedimiento de actuación unificado, tal y como se define en las Disposiciones Generales:

“(…) Este procedimiento supone la utilización de un lenguaje común con el que se intenta facilitar el entendimiento y la colaboración, permitiendo agilizar las actuaciones y conseguir niveles de acuerdo necesarios para la adecuada toma de decisiones”.

Esta resolución resulta muy técnica para desarrollarla en este trabajo, ya que introduce instrumentos como el uso de una aplicación informática (SIMIA) para que todos los organismos y profesionales implicados en este procedimiento dispongan de la misma

⁷⁰ Cfr. Art. 23.2 Ley 1/1998.

⁷¹ Vid. Art. 53 Decreto 42/2002.

información. Asimismo, no regula el procedimiento administrativo como tal que es lo que interesa exponer en este estudio.

Finalmente, sobre la tutela administrativa, el Decreto 42/2002 encomienda la competencia para asumirla al órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía⁷², que como se ha anticipado es la Comisión Provincial de Medidas de Protección del Menor.

Si bien esta resolución limita su duración al “tiempo imprescindible para evitar la situación de desasistencia de los menores⁷³”; prevé la extinción de la tutela y la reintegración del menor en su ámbito familiar en el caso en el que desaparezcan las circunstancias que dieron lugar a la asunción de la tutela por parte de la Administración Pública⁷⁴.

2.2. Análisis de la regulación autonómica de la Comunidad de Madrid

El marco normativo existente en la Comunidad de Madrid en materia de menores se encuentra formado principalmente por la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia⁷⁵ y el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de Tutela y Guarda del menor⁷⁶. Además, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid que como ya mencioné, asume la competencia en esta materia en el art. 26.1.24 de la Ley Orgánica 3/1983.

En primer lugar hay que destacar que la legislación autonómica de esta comunidad no incluye una definición de la situación de desamparo ni las circunstancias que pueden provocar su declaración.

La Comisión de Tutela del Menor es el órgano encargado de declarar la situación de desamparo y de asumir la tutela de menores que se encuentren en esta situación⁷⁷, en

⁷² Cfr. Art. 34.1 y 2 Decreto 42/2002.

⁷³ Art. 35.1 Decreto 42/2002.

⁷⁴ Cfr. Art. 35.2 Decreto 42/2002

⁷⁵ BOE n. 183, de 2 de agosto de 1995.

⁷⁶ BOCM de 16 de diciembre de 1988.

⁷⁷ Cfr. Unidad Técnica Jurídica Área procesal administrativo. La tutela de menores, normativa, requisitos, procedimiento, oposición y diferencias con la guarda administrativa, *Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2017 p. 7. Disponible en <https://web.icam.es/bucket/FICHA%20TUTELA.pdf>; última consulta 29/03/2020.

virtud de las competencias atribuidas a las Comunidades autónomas. Así, el art. 1 apartado primero del Decreto 121/1988 indica que es este órgano el que deberá asumir la tutela en caso de desamparo del menor:

“La Consejería de Integración Social ejercerá, a través de la Comisión de Tutela del Menor, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, la tutela de menores que se encuentren en situación de desamparo, así como la guarda de menores en los términos establecidos en el Código Civil”.

Una de las especialidades de la ley 6/1995 es que regula los principios que deben inspirar el procedimiento para asumir la tutela en el art. 52. Esta previsión no se encuentra por ejemplo en la legislación autonómica de Andalucía, ya que esta última simplemente regula una serie de principios generales en el art. 3 de la Ley 1/1996 que deben regir las actuaciones públicas y privadas en la protección de menores.

En este sentido, el Decreto 121/1988 desarrolla también en su Capítulo II el “procedimiento para la constitución de la tutela”. Aunque se denomine de esta manera, se trata del procedimiento para la declaración de desamparo que veremos a continuación, ya que la tutela es la consecuencia más inmediata de esta declaración.

IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO DE LOS MENORES.

La declaración de la situación de desamparo, como se ha ido advirtiendo a lo largo de este trabajo, es una materia tanto de Derecho civil como de Derecho Público. Se ha puesto de manifiesto que es la Administración Pública pertinente la encargada de decidir si se dan las circunstancias para proceder a esta declaración. Para ello, se lleva a cabo un procedimiento administrativo que tiene como último objeto la adopción de una resolución administrativa⁷⁸, tal y como queda citado en el art. 172 apartado primero CC.

Cabe en este punto aclarar que el art. 149.1. 18.^a de la Constitución Española atribuye la competencia exclusiva para regular el procedimiento administrativo común al Estado, “(...) sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, (...)”⁷⁹. Por este motivo, en este caso, la Ley 29/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) se aplica de manera subsidiaria a las legislaciones autonómicas para la declaración de la situación de desamparo.

Siguiendo a LACUEVA SAIZ, establecer una única manera en la que debe iniciarse este procedimiento resulta imposible, ya que cada Comunidad Autónoma va a proceder según su propia legislación⁸⁰. Aun así, al tratarse de un procedimiento administrativo todas integran la fase de iniciación, instrucción y finalmente la de resolución⁸¹. A continuación se irán analizando las previsiones existentes sobre este procedimiento en las legislaciones autonómicas de la Comunidad de Madrid y Andalucía.

1. FASE DE INFORMACIÓN

Antes de iniciar el procedimiento, el art. 16 de la LOPJM recoge la obligación de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores “a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación”. Por este motivo, la mayoría de las normas autonómicas prevén un periodo en el que el órgano competente analice la situación del menor y de sus

⁷⁸ Cfr. Lázaro González, op. cit., p. 355.

⁷⁹ Punto II Exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE n. 236, de 2 de octubre de 2015).

⁸⁰ Cfr. Lacueva Saiz, op. cit., p. 185.

⁸¹ Cfr. Lázaro González, op. cit., p. 355.

circunstancias familiares y sociales. Estas diligencias le permitirán recabar información con la finalidad de cerciorarse si existen indicios reales de desprotección para iniciar el procedimiento de declaración de desamparo⁸².

Esta previsión se recoge en el art. 55.1 de la LPAC:

“Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

En este sentido la legislación autonómica andaluza en el Decreto 42/2002, alberga en su art. 21 la posibilidad de que el órgano competente ordene esta fase de información previa “a fin de determinar la existencia de indicios de desasistencia de los menores que justifiquen tal iniciación”. Además, en el caso en el que no se hayan percibido indicios de que el menor se encuentra en una situación de desasistencia, tal y como indica la LPAC, no se iniciará el procedimiento sino que:

“se procederá al archivo de las actuaciones emprendidas, y, en el caso de detectarse la concurrencia de circunstancias que pudiera motivar otra intervención administrativa, se comunicará a los órganos competentes⁸³”.

En este momento es donde se debe aplicar el instrumento Valórame introducido por el Decreto andaluz 210/2018 con el fin de que

“los servicios sociales de las Entidades Locales, así como los servicios con competencias en protección de menores de la Administración Autonómica, aplicarán, sin perjuicio del uso de otros instrumentos que se estimen necesarios, el Instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia y la adolescencia en Andalucía (VALÓRAME), que contiene criterios técnicos para la valoración de la existencia y la gravedad de estas situaciones producidas en el seno familiar, así como para la toma de decisiones, que agilicen la intervención y la coordinación entre los citados servicios⁸⁴”.

⁸² Cfr. Lacueva Saiz, op. cit., p. 186.

⁸³ Art. 21.2 Decreto 42/2002.

⁸⁴ Art. 6.1 Decreto 210/2018.

En la Comunidad de Madrid sin embargo, no existe ninguna disposición específica sobre este periodo de información, así que se aplica de manera supletoria la previsión del art. 55.1 de la LPAC.

2. FASE DE INICIACIÓN

Una vez se haya realizado todas las actuaciones encaminadas a la obtención de información por parte de la Entidad Local, decidirá si procede iniciar el procedimiento o no. En el caso en el que no haya indicios de desatención por parte de la familia, el menor no será separado de ella⁸⁵.

El procedimiento administrativo puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte⁸⁶. Según DE PALMA DEL TESO la mayoría de las legislaciones autonómicas solo recogen la posibilidad de que el procedimiento de declaración de desamparo se inicie por el órgano competente⁸⁷. Como se ha enunciado en el apartado anterior en el caso de la Comunidad de Madrid, el órgano encargado de iniciar el expediente es la Comisión de Tutela del Menor; y en Andalucía, la Comisión Provincial de Medidas de Protección del Menor. La legislación de esta última incluye distintas formas de iniciación de este procedimiento de oficio:

“por acuerdo del titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores cuando de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo o mediante denuncia, tuviera conocimiento de la situación de desasistencia en que pudiera hallarse un menor⁸⁸”.

Por tanto, la iniciación se puede producir por la propia administración, por denuncia de otra Administración Pública o de cualquier persona conocedora de la situación⁸⁹. Además, la legislación autonómica andaluza es una de las que recoge la posibilidad de que el menor inicie el procedimiento en el art. 23.4 de la Ley 1/1998. Así, el menor informará a la Administración pública andaluza o a los Servicios sociales de su situación de desprotección. Asimismo, es preciso destacar que los datos de identificación de los

⁸⁵ Cfr. Lacueva Saiz, op. cit., p. 187.

⁸⁶ Cfr. Art. 54 LPAC.

⁸⁷ Cfr. De Palma del Teso, op. cit., p. 204.

⁸⁸ Art. 22.1 Decreto 42/2002.

⁸⁹ Cfr. Lázaro González, op. cit., p. 356.

denunciantes serán protegidos frente a los interesados en el procedimiento, en el caso en el que sea necesario preservar la seguridad de los denunciantes⁹⁰.

En la legislación autonómica de la Comunidad de Madrid no se encuentra ninguna previsión específica acerca la iniciación del procedimiento, simplemente otorga competencia a la Comisión de Tutela del Menor en el art. 5 del Decreto 121/1988 para iniciar el expediente de tutela cuando conozca de esta situación. Por tanto, como dispone la legislación estatal que, recordemos, es de aplicación subsidiaria, el procedimiento podrá iniciarse tanto de oficio como a instancia de partes.

Finalmente, “la iniciación del procedimiento se comunicará a los interesados, a los órganos administrativos y a los denunciantes que la hubieran promovido⁹¹”.

3. FASE INSTRUCTORA

La fase instructora del procedimiento se encuentra encaminada a llevar a cabo actos para determinar, conocer y comprobar “los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (...)”⁹².

Por este motivo, antes de incoar el expediente administrativo, en algunas legislaciones autonómicas, como es el caso de Andalucía y la Comunidad de Madrid se prevé la elaboración de un informe que recabe toda la información relevante sobre “sobre el estado real de los menores, que reflejará, al menos, su situación sanitaria, psicológica, socio-familiar y legal⁹³”.

En Madrid la Ley 6/1995 refleja como uno de los principios que deben respetarse en la tramitación de este procedimiento, la solicitud de “informes de cuantas personas u organismos puedan facilitar datos relevantes para el conocimiento y la valoración de la situación socio-familiar del menor⁹⁴”, se incluyen aquí informes de personas más especializadas como técnicos, psicológicos, sociales, sanitarios, pedagógicos, etc.⁹⁵. Concretamente el Decreto 121/1988 desarrolla esta idea determinando que en la fase de

⁹⁰ Cfr. Art. 23.2 Decreto 42/2002

⁹¹ Art. 22.2 del Decreto 42/2002.

⁹² Art. 75.1 LPAC.

⁹³ Art. 24.2 Decreto 42/2002

⁹⁴ Art. 52.1 b) Ley 1/1995

⁹⁵ Art. 6.2 Decreto 121/1988.

instrucción se solicitarán “informes a los Servicios Sociales Generales de los municipios en los que hubieran residido, sobre el menor y su familia o quienes vinieran ejerciendo potestad sobre él⁹⁶”. Esta previsión se encuentra también en la legislación andaluza, concretamente en el art. 24.2 del Decreto 42/2002 que incluye la posibilidad de solicitar colaboración a órganos competentes de otras Administraciones Públicas y a los Servicios Sanitarios y Educativos.

El órgano competente de la Entidad Local, una vez haya incoado el expediente administrativo, ofrecerá la posibilidad a los padres, tutores legales o responsables del menor de presentar las alegaciones y proponer los medios de prueba que estimen pertinentes⁹⁷. Para ello, en Andalucía disponen de “quince días hábiles desde el día siguiente a la notificación de la iniciación del procedimiento”, plazo que puede quedar en suspenso durante diez días si los interesados solicitasen la asistencia jurídica gratuita⁹⁸.

En la Comunidad de Madrid, la regulación autonómica sobre esta materia no prevé el plazo para realizar estas alegaciones por lo que se aplica lo dispuesto en el art. 76.1 de la LAPC y es que los interesados pueden presentar alegaciones y documentos “en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia”.

A continuación se produce la apertura del período de prueba “por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez⁹⁹”, tal y como señala la LAPC y el Decreto andaluz 42/2002. Esta última resolución declara la admisibilidad de cualquier medio de prueba que permita aclarar la situación real del menor. Asimismo, la regulación autonómica madrileña recoge la posibilidad de “abrir un periodo de prueba a instancia del menor que hubiere cumplido doce años o de quienes ejercen sobre él potestad o guarda¹⁰⁰”.

4. TRÁMITE DE AUDIENCIA

Generalmente, antes de que se redacte la propuesta de resolución se abre el denominado trámite de audiencia¹⁰¹, consistente en poner a disposición de las partes interesadas en el

⁹⁶ Art. 6.1 Decreto 121/1988

⁹⁷ Cfr. Lacueva Saiz, op. cit., p. 188.

⁹⁸ Cfr. Art. 24.2 Decreto 42/2002.

⁹⁹ Art. 77.2 LPAC y art. 25.1 Decreto 42/2002

¹⁰⁰ Art. 52.1 e) Ley 6/1995

¹⁰¹ Cfr. Lacueva Saiz, op. cit., p. 189.

procedimiento del expediente administrativo¹⁰². De esta manera, podrán establecer las alegaciones que estimen pertinentes.

El art. 82 de la LPAC regula este trámite, determinando un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para que los interesados aleguen y presenten los documentos y justificaciones que crean necesarias¹⁰³. Aunque el establecido por la legislación andaluza es de diez días hábiles¹⁰⁴.

En Andalucía, el Decreto 42/2002 prevé un trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución para los padres, tutores o guardadores del menor. Si bien, también serán oídos los menores “en forma adecuada a su edad y grado de madurez¹⁰⁵”.

Por otra parte en la Comunidad de Madrid, tanto el Decreto 121/1988 como la Ley 6/1955 establecen como preceptiva la audiencia de los menores que hubieran cumplido doce años¹⁰⁶ y la de los que, aun siendo menores de doce años, tuvieran suficiente juicio¹⁰⁷. Introdúcen la posibilidad de oír a terceras personas que sean susceptibles de aportar información sobre el menor o su entorno familiar. Asimismo, el encargado de admitir la práctica de este trámite es el Vocal Comisionado quien además debe efectuarlo “a la mayor brevedad y sin que en ningún caso pueda ser causa de demora para la resolución del expediente¹⁰⁸”.

Siguiendo a DE PALMA DEL TESO¹⁰⁹, es en este momento cuando se debe elaborar la propuesta de resolución que determinará si procede o no declarar la situación de desamparo. Igualmente, podrán establecerse las medidas de protección que se crean necesarias.

5. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Una vez haya finalizado el trámite de audiencia, el órgano instructor procederá a la elaboración de la propuesta de resolución que determinará si es procedente o no declarar

¹⁰² Cfr. De Palma del Teso, op., cit., p. 207-208.

¹⁰³ Cfr. Art. 82.2 LPAC

¹⁰⁴ Cfr. Art 26.1 Decreto 42/2002

¹⁰⁵ Art. 26.3 Decreto 42/2002.

¹⁰⁶ Cfr. Ar t. 52.1 c) Ley 6/1995 y art. 7.1.1 Decreto 121/1988

¹⁰⁷ Cfr. Art. 52.1 d) Ley 6/1995

¹⁰⁸ Art. 8.2 Decreto 121/1988.

¹⁰⁹ Cfr. De Palma del Teso, op. cit., p. 208.

el desamparo del menor, y si es necesario, la forma de ejercer la guarda¹¹⁰. Para ello, deberán examinar el expediente administrativo con todas sus formulaciones¹¹¹.

El plazo para elevar dicha propuesta a la Comisión Provincial de Medidas de Protección del Menor en Andalucía es de máximo cinco días hábiles para que dicte la resolución¹¹².

En la legislación autonómica de la Comunidad de Madrid no está previsto este paso previo a la resolución, sino que directamente la Comisión de Tutela del Menor examina el expediente.

A continuación estos órganos dictarán la resolución en el plazo que se establezca en la norma que regule el procedimiento de desamparo, aunque como máximo será de seis meses¹¹³.

En la Comunidad de Madrid el plazo máximo de resolución establecido en la ley es de tres meses “desde que se inició el expediente salvo que el órgano competente para resolver autorice, excepcionalmente, una prórroga por un periodo máximo de dos meses¹¹⁴”. Sin embargo, en Andalucía, al no establecer su legislación ningún plazo de resolución, hay que acudir al art. 21.3 de la LPAC que determina un plazo de tres meses en los supuestos en los que “las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo”.

6. FASE DE RESOLUCIÓN

6.1. Declaración de situación de desamparo

Como se ha venido advirtiendo, en la Comunidad de Madrid, será el Acuerdo de la Comisión el que declare “la situación de desamparo del menor, la constitución de la tutela y las formas de atención más idóneas para el mismo o el archivo del expediente¹¹⁵”. Del mismo modo en Andalucía:

¹¹⁰ Cfr. Art. 27.1 Decreto 42/2002.

¹¹¹ Cfr. Art. 9.1 Decreto 121/1988.

¹¹² Cfr. Art. 27.2 Decreto 42/2002.

¹¹³ Cfr. Art. 21.2 párr. segundo LPAC.

¹¹⁴ Art. 52.2 Ley 6/1995.

¹¹⁵ Art. 9.1 Decreto 121/1988.

“La resolución del expediente determinará lo procedente sobre la situación legal de desamparo y el ejercicio de la guarda expresando la posibilidad de plantear la oposición a la misma ante la jurisdicción competente por parte de los interesados¹¹⁶”.

Es más preciso en este sentido la regulación del Decreto 42/2002 señalando que además de declarar la situación de desamparo y el ejercicio de la tutela, la resolución deberá expresar:

“(…) la designación de las personas, Entidades o Centros a los que se atribuya el ejercicio de la guarda mediante acogimiento familiar o residencial, y el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres, parientes y allegados¹¹⁷”.

Una vez dictada la resolución, tal y como determina el art. 172.1 CC, deberá ser notificada:

“(…) en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas (…)”.

La regulación de la notificación se recoge en estos mismos términos en el art. 29.1 del Decreto andaluz 42/2002, añadiendo el deber de comunicación al Ministerio Fiscal, a la autoridad consular si se trata de menores extranjeros y a las personas que les reciban en acogimiento familiar o al director del centro en el caso de acogimiento residencial. Se señala además en este precepto como preferente, la notificación personal al menor y a los demás interesados por entender que es la mejor manera de que comprendan las consecuencias y significado de esta declaración¹¹⁸.

Tal y como establece DE PALMA DEL TESO, la notificación al Ministerio Fiscal

“debería ir acompañada de una copia del expediente administrativo tramitado, con el fin de permitir al Fiscal realizar un control de los aspectos formales y materiales de la actuación administrativa¹¹⁹”.

¹¹⁶ Art. 23.3 Ley 1/1998.

¹¹⁷ Art. 28.2 Decreto 42/2002.

¹¹⁸ Cfr. Art. 29.4 Decreto 42/2002.

¹¹⁹ De Palma del Teso, op. cit., p. 212.

Esta exigencia se debe a la legitimación exclusiva que la legislación estatal otorga al Ministerio Fiscal para oponerse a la resolución administrativa una vez transcurrido el plazo de los dos años establecido para tal oposición¹²⁰.

Finalmente, en los supuestos en los que no se pueda efectuar la notificación a los interesados, será sustituida por un anuncio que señalará brevemente el contenido de la resolución indicando un plazo de diez días hábiles para comparecer en el lugar establecido¹²¹.

En la Comunidad de Madrid, el Decreto 121/1988 incluye el deber de notificación del Acuerdo de la Comisión “a los servicios técnicos que hubieran promovido el expediente y a los que deban realizar el seguimiento¹²²”.

En cuanto al contenido de la declaración de desamparo, como ya se ha ido adelantando, el CC precisa que la información sea:

“(…) clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez (...)”¹²³.

En este sentido, la Comunidad de Andalucía el Decreto 42/2002, precisa una serie de indicaciones sobre el contenido de la resolución del expediente de protección:

“La resolución deberá estar debidamente motivada, con relación de hechos y fundamentos de derecho que justifiquen la decisión adoptada. No obstante, podrá servir de motivación a la resolución la aceptación de los informes que se hubieran incorporado al procedimiento durante su instrucción, y que se refieran a la situación real de los menores¹²⁴”.

¹²⁰ Cfr. Art. 172.2 párr. Cuarto CC.

¹²¹ Cfr. Art. 29.5 Decreto 42/2002.

¹²² Art. 10.4 Decreto 121/1988.

¹²³ Art. 172.1 CC.

¹²⁴ Art. 28.1 Decreto 42/2002.

6.2. Declaración de ausencia de desamparo

En el supuesto en el que no se den las circunstancias para declarar la situación de desamparo, el órgano competente de la Entidad Local deberá proceder a archivar el procedimiento y consecuentemente, al cierre del expediente administrativo¹²⁵.

7. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

Muchas Comunidades autónomas prevén en sus legislaciones el procedimiento de urgencia que permite declarar la situación de desamparo de manera inmediata¹²⁶. De las legislaciones autonómicas analizadas, la única que lo recoge como tal es la Comunidad de Madrid en el art. 53 de la Ley 6/1995:

“Se arbitrará un procedimiento de urgencia que en caso necesario permita la inmediata asunción de la tutela, sin perjuicio de los correspondientes recursos y de la completa instrucción posterior del expediente”.

Asimismo, el Decreto 121/1988 desarrolla de un modo más extenso este procedimiento señalando la obligación de comunicar a la Comisión la resolución que justifique la asunción de la tutela de manera urgente:

“En los casos en que existan graves riesgos para el menor que exijan una intervención urgente, se procederá a constituir de inmediato la tutela del mismo mediante Resolución del Jefe del Área de Protección del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia competente, así como cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia y apartarle de las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse, dando posteriormente cuenta a la Comisión¹²⁷.

Sin embargo la regulación andaluza, aunque no regule este procedimiento, incluye el desamparo como medida cautelar. Se incluye su explicación en este apartado porque tanto el procedimiento de urgencia como la adopción de medidas cautelares pretenden activar de manera rápida la protección del menor cuando existan riesgos para este.

¹²⁵ Cfr. Lacueva Saiz, op. cit., p. 191.

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Art. 10.1 Decreto 121/1988.

La primera aproximación la realiza el art. 32 del Decreto 42/2002 indicando las causas que pueden dar lugar a esta declaración provisional de desamparo:

“Cuando existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, se podrá declarar como medida cautelar, la situación de desamparo provisional por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores”.

Un ejemplo de situación en la que es necesario adoptar el desamparo como medida cautelar se puede observar en la sentencia ya comentada de la AP de Málaga 29 de septiembre de 2016. En ella se confirman las medidas adoptadas en primera instancia en relación a dos menores cuya situación familiar obligó a decretar el desamparo como medida cautelar. La Audiencia afirma por tanto que

“(…) el suceso relatado exigía una actuación inmediata y urgente, ante lo cual la entidad pública encargada de la protección de los menores no sólo "autorizada" sino legalmente "obligada" a declararlo así asumiendo la tutela automática de las menores en aras a su debida protección, sin que estemos ante un hecho puntual y aislado, como se alega por la recurrente, sino por un problema de drogadicción que la apelante venía arrastrando desde tiempo y que le repercute en la atención y cuidado de sus hijas razones todas estas que aconseja no el archivo sin más de este expediente como pretende la apelante dejando sin efecto las declaraciones efectuadas, sino la continuación del procedimiento para constatar la situación y verificar posible normalización por parte de la madre, ratificando, revocando o modificando los acuerdos adoptadas con carácter provisional¹²⁸”.

Tal y como expone este tribunal, cuando el órgano competente dicta esta medida cautelar, el procedimiento continúa hasta que se dicte la resolución. Así se encuentra regulado en el art. 33.3 del Decreto:

“Asumida la tutela de los menores por la Administración de la Junta de Andalucía, proseguirá la instrucción del procedimiento conforme a lo establecido en la Sección 2.^a del presente Capítulo, hasta que se dicte la resolución correspondiente, que

¹²⁸ FJ 3º párr. segundo. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 6ª, núm. 634/2016, de 29 de septiembre de 2016 [versión electrónica - base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2016/290339].
Última consulta: 29/03/20.

dispondrá la ratificación, modificación o revocación del acuerdo que haya declarado como medida cautelar la situación de desamparo provisional”.

Parece lógico que exista la previsión de adoptar la medida cautelar de desamparo o el procedimiento de urgencia para su declaración en las leyes autonómicas. Se puede conseguir de esta manera que los perjuicios causados al menor sean lo menos perniciosos posibles.

V. REVOCACIÓN Y OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

El art. 172.2 CC legitima a los progenitores que tengan suspendida la patria potestad a consecuencia de la declaración de la situación de desamparo del menor, para solicitar la revocación esta situación. Para ello disponen del plazo de dos años desde que se notificó la resolución administrativa debiendo existir un cambio de las circunstancias que determinaron esta declaración.

En la Sentencia de la AP de Barcelona de 6 de julio de 2018 se muestra de manera muy clara cómo el Tribunal revoca la resolución que declaraba el desamparo de un menor por haberse producido un cambio en las circunstancias que lo motivaron:

“Las circunstancias actuales de la recurrente, tal como se han descrito, no patentizan la situación de desamparo que mantiene la Administración al haber desaparecido la mayor parte de los indicadores que determinaron aquella declaración inicial. La madre ha superado sus problemas de consumo de alcohol, se ha separado de su pareja, tiene trabajo y vivienda. Su estilo de vida es funcional. Está vinculada a los servicios que se le han ofrecido, y tiene un importante vínculo afectivo con su hijo¹²⁹”.

El mismo art. 172.2 CC en su párrafo segundo indica la posibilidad de que los progenitores puedan oponerse en el plazo de dos años a cualquier decisión sobre la protección del menor. Pasado dicho plazo el único legitimado para oponerse será el Ministerio Fiscal¹³⁰, si bien los progenitores o tutores podrán seguir informando “a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo¹³¹”.

Por otra parte, se prevé en el párrafo quinto de este precepto la posibilidad de que en el plazo mencionado, la Entidad Pública ponderando la situación, establezca las medidas de protección más oportunas para el menor, incluida la adopción, si considera que no existe ninguna posibilidad de que el menor vuelva a su ámbito familiar. Asimismo, es obligatorio que se notifique esta decisión al Ministerio Fiscal.

¹²⁹ FJ 5º, párr. segundo Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 501/2018, de 6 de julio de 2018. [versión electrónica - base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2018/542863]. Última consulta: 29/03/20.

¹³⁰ Cfr. Art. 172.2 párr. cuarto CC.

¹³¹ Art. 172.2 párr. tercero CC.

Siguiendo a NORIEGA RODRIGUEZ “es un acierto legislativo dado que es preceptivo buscar siempre la alternativa más estable para el menor y no tiene sentido esperar dos años si se considera imposible la reunificación familiar¹³²”.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo esta oposición, la LOPJM determina en su disposición adicional primera la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹³³ (LEC) regula en el Capítulo V del Título I del Libro IV “la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”. Resultando que los procedimientos de jurisdicción voluntaria están regulados en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹³⁴ y, al no hacer referencia la mencionada ley a este procedimiento, debe entenderse derogada tácitamente la disposición adicional primera de la LOPJM, siendo vigente, por ello, la regulación establecida en la LEC.

Sobre los motivos por los que le corresponde a la jurisdicción civil para conocer de la oposición se pronuncia la sentencia del TSJ de Andalucía de 13 de marzo de 2017:

“(…) cuando la actuación o la pasividad de la Administración guarda relación con la protección de menores, las controversias que surjan se han de dilucidar ante los órganos de la jurisdicción civil. Ilógico resultaría que el juzgado civil conozca y examine la legalidad de parte de la decisión administrativa en materia de protección de menores y el del orden contencioso-administrativo del resto del acuerdo no impugnado cuando la Administración no lo ejecuta. El acuerdo de la Administración en relación a la situación de desamparo de la menor es único y su legalidad y las cuestiones surgidas atinentes a su cumplimiento, incluido el incumplimiento, corresponde ser examinadas por los juzgados competentes del orden civil¹³⁵”.

¹³² Noriega Rodríguez, op. cit., p. 133.

¹³³ BOE n. 7, de 8 de enero de 2000.

¹³⁴ BOE n.158, de 3 de julio de 2015.

¹³⁵ FJ 2º, párr. segundo Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 4ª, núm. 260/2017, de 13 de marzo de 2017. [versión electrónica - base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2017/139693]. Última consulta: 29/03/20.

Una de las causas que puede fundamentar el que la jurisdicción civil sea la encargada de conocer de las impugnaciones de estas resoluciones es que es la legislación civil la que atribuye las facultades de guarda y tutela de los menores¹³⁶.

Por otra parte, es necesario aclarar en este punto que al tratarse de una resolución dictada en vía administrativa, el orden contencioso-administrativo puede conocer de los vicios formales de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Podrán así interponerse los recursos administrativos que procedan por “cuestiones como la falta de motivación, la competencia del órgano o la notificación defectuosa¹³⁷”.

De esta manera, el art. 779 LEC señala que la oposición deberá formularse ante el Juzgado de Primera instancia del domicilio de la Entidad Pública. En los mismos términos se pronuncia el art. 9.2 del Decreto 121/1988 de la Comunidad de Madrid. En cambio el Decreto andaluz 42/2002 simplemente enuncia la posibilidad de oposición de la resolución:

“Los interesados en el procedimiento podrán impugnar la resolución ante el órgano jurisdiccional competente, sin que sea necesaria la interposición de reclamación previa en vía administrativa”.

El art. 780 LEC desarrolla el procedimiento. Se determina el plazo de dos meses para formular dicha oposición mediante un escrito inicial donde “el actor sucintamente expresará la pretensión de un escrito inicial (...)”¹³⁸. Se entiende que este plazo se suma al de los dos años establecido en el art. 172 CC¹³⁹. Los legitimados para formularla son “los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación¹⁴⁰”.

Finalmente,

“el Letrado de la Administración de Justicia reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.

¹³⁶ Cfr. Memento op. cit., EL DERECHO Ref. 2781. Última consulta: 19/04/20.

¹³⁷ Cfr. Memento op. cit., EL DERECHO Ref. 2781. Última consulta: 19/04/20.

¹³⁸ Art. 780.2 párr. primero LEC.

¹³⁹ Cfr. Memento op. cit., EL DERECHO Ref. 2785. Última consulta 19/04/20.

¹⁴⁰ Art. 780.1 párr. segundo LEC.

Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Letrado de la Administración de Justicia emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753”.

El procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección ha sido definido por el Capítulo I, del Título I del Libro IV de la LEC como un “proceso especial”. Por ello, como expresa el art. 753 LEC, el procedimiento se sustanciará por los trámites del juicio verbal, dando traslado de la demanda el Letrado de la Administración de Justicia al Ministerio Fiscal y a las personas que, conforme a la ley, sean parte del procedimiento. El plazo para contestar a la demanda es de veinte días que se realizará conforme a lo establecido en el art. 405 de esta Ley¹⁴¹.

En cuanto a las pruebas, el tribunal, sin perjuicio de las que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, podrá decretar de oficio las que estime pertinentes¹⁴². De esta manera lo que se busca, tal y como define la Sentencia de la AP de Elche, de 13 de julio de 2010, es encontrar la verdad material,

“confiriendo al Juzgador una amplitud que en otros procesos no se admiten, llegando incluso a autorizar al Juzgador a decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, y ello frente al rigor en la aportación y en la facultad dispositiva que preside el proceso civil en general¹⁴³”

Finalmente se celebrará la vista del juicio oral, en la que

“el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones. siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433¹⁴⁴”.

La resolución que pone fin a este procedimiento es la sentencia dictada en los diez días siguientes a la finalización de la vista¹⁴⁵. La sentencia podrá por tanto estimar la declaración desamparo o revocarla, siendo esta última favorable a los interesados.

La sentencia es recurrible en apelación según lo dispuesto en el art. 455 de la LEC. En cuanto a los efectos de la interposición del recurso de apelación, de conformidad con lo

¹⁴¹ Cfr. Art. 753.1 LEC.

¹⁴² Cfr. Art. 752.1 párr. Segundo LEC

¹⁴³ FJ 2º Sentencia Audiencia Provincial de Elche. Sección 9ª, núm. 319/2010, de 13 de julio de 2010, [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. Roj: SAP A 2739/2010]. Última consulta: 24/04/20.

¹⁴⁴ Art. 753.2 LEC.

¹⁴⁵ Cfr. Art. 447.1 LEC

dispuesto en el art. 456 de la LEC, hemos de distinguir dos efectos según el sentido de la sentencia impugnada. Así, si esta es desestimatoria (confirmando la resolución administrativa de declaración de desamparo), la eventual apelación no tendría efectos suspensivos, por tanto, aquella resolución podrá ejecutarse¹⁴⁶.

Sin embargo, si la sentencia fuese estimatoria (revocatoria de la resolución administrativa), la apelación conllevaría la suspensión de la resolución, pero por aplicación del art. 525.1 no será susceptible de ejecución provisional, al excluir expresamente las sentencias dictadas en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

¹⁴⁶ Cfr. Art. 456.2 LEC

VI. CONCLUSIONES

Todo el análisis legal, doctrinal y jurisprudencial que se ha realizado a lo largo de este trabajo ha perseguido el objetivo de analizar la regulación legal de la situación de desamparo, con sus requisitos y consecuencias; además del procedimiento administrativo que da lugar a su declaración. En concreto se han llegado a las siguientes conclusiones:

- I. En primer lugar, el CC aporta la definición de desamparo como situación en la que las personas responsables del menor han dejado de ejercer sus deberes de protección de tal forma que hayan provocado inasistencia material y moral. Esto convierte a la institución del desamparo como un concepto jurídico indeterminado, al tener que remitirnos a otra norma para poder completar su definición y regulación. Al caso, el art. 18 LOPJM en el que se definen supuestos específicos en los que el menor se encuentra en desamparo; siempre atendiendo a las circunstancias objetivas que le rodean y ponderando si realmente existe un riesgo grave para su desarrollo. Finalmente, una vez se ha declarado la situación de desamparo, se produce la asunción de la tutela administrativa por parte de la Administración pública competente.
- II. En la regulación de la situación de desamparo, aunque sea una materia pura de Derecho civil, tiene notoria importancia la intervención administrativa. De este modo, al haberse atribuido a las Comunidades Autónomas competencias en la materia, se han expuesto concreciones sobre la materia contenidas en las regulaciones autonómicas de la Comunidad de Madrid y Andalucía.
- III. Las circunstancias concretas que dan lugar a la situación de desamparo desarrolladas por la LOPJM se han inspirado en la jurisprudencia y en las leyes autonómicas. Así, legislación andaluza expone en su Ley 1/1998 los mismos supuestos que determinan el desamparo, siendo esta regulación más específica en su descripción que la legislación nacional. En cambio, la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid no prevé ninguna disposición acerca de la definición de la situación de desamparo o de las circunstancias que pueden dar lugar a ella.

La Comunidad de Andalucía, aun cuando no introdujo en su ordenamiento jurídico propio una Ley específica en la materia hasta 1998, posteriormente se ha complementado con una regulación reglamentaria y, con ello, más específica y precisa, de la situación de desamparo, la tutela y la guarda administrativa, contemplada en el Decreto de 2002. Sin embargo, en la Comunidad de Madrid, ulterior a la ley de 1995 no se ha aprobado nueva regulación sobre la situación de desamparo. Simplemente esta legislación autonómica se ve levemente ampliada por el Decreto de 1988.

- IV. Finalmente, sobre el procedimiento administrativo, la regulación autonómica madrileña es muy escueta y genérica, ya que la Ley 6/1995 solo dedica un artículo en el que se refiere brevemente a cada una de las fases del procedimiento de declaración del menor, iniciación, instrucción y resolución. La andaluza, en cambio, es una normativa mucho más extensa y pormenorizada al regular con detalle cada uno de los trámites que conforman las fases del procedimiento, lo que se recoge en la Sección 2ª del Capítulo IV del Decreto 42/2002.

VII. BIBLIOGRAFIA

1. LEGISLACIÓN

Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de Tutela y Guarda del menor de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de diciembre de 1988).

Decreto 210/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (BOJA núm. 227 de 23 de noviembre de 2018).

Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía (BOJA núm. 20 de 16 de febrero de 2002).

Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de Andalucía (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1998).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000) modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1995).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1983).

Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa el 20 de marzo de 1952 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889) modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm. 175/2013, de 29 de enero de 2014. [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. Roj: SAP AL 30/2014]. Última consulta: 27/03/20.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 501/2018, de 6 de julio de 2018. [versión electrónica - base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2018/542863]. Última consulta: 29/03/20.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, núm. 47/2007, de 26 de enero de 2007 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2007/44825]. Última consulta 07/04/2020.

Sentencia Audiencia Provincial de Elche. Sección 9ª, núm. 319/2010, de 13 de julio de 2010, [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. Roj: SAP A 2739/2010]. Última consulta: 24/04/20.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 6ª, núm. 634/2016, de 29 de septiembre de 2016 [versión electrónica - base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2016/290339]. Última consulta: 29/03/20.

Sentencia TS (Sala de lo Civil), Sección 1ª, núm. 565/2009, de 31 de julio de 2009 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref. EDJ 2009/225075]. Última consulta: 08/04/2020.

3. OBRAS DOCTRINALES

Ballesteros de los Ríos, M. “Comentario al art. 172 del CC”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi., 2009 [Base de datos Aranzadi. Ref. BIB 2009\7508]. Última consulta 07/04/2020.

De Palma del Teso, A. “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”. *AFDUAM*, n. 15, 2011, pp. 185-215. Disponible en <http://hdl.handle.net/10486/662986>; última consulta 30/03/2020.

González Pillado, E., y Grande Seara, P. Aspectos procesales civiles de la protección del menor. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 40-48.

Lacueva Saiz, J.C., Tutela judicial del menor en situación de desamparo (Tesis Doctoral). Universidad de Valencia, 2018. Disponible en <http://hdl.handle.net/10550/66496>; última consulta 07/04/2020.

Leiva Rodríguez, B., y García Garnica, M.^a. C., “Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)”. *El Genio Maligno, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, n. 19, 2016, pp. 96-124. Disponible en <https://elgeniomaligno.eu/analisis-las-instituciones-del-sistema-proteccion-menores-reforma-la-ley-organica-82015-la-ley-262015-i/> ; última consulta 27/03/2020.

Martínez García, C., “Capítulo IV: Menores privados de su medio familiar” en Lázaro González, I. (Coord.), *Los menores en el Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 324-396.

Martínez García, C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

Martínez García, C., “El sistema de protección de menores en España” en Martínez García C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 379-434.

Martínez de Aguirre, C., “Protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45 n. 4, 1992. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46786>; última consulta 29/03/2020.

Memento Familia (Civil) 2018-2019 [versión electrónica - base de datos EL DERECHO Ref. 2781, 2785, 2797]. Última consulta: 19/04/20.

Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social. Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, n. 21, 2019. Disponible en http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/Boletin_provisional_Proteccion_21-Borrador.pdf; última consulta 19/04/2020.

Noriega Rodríguez, L. “Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, fascículo I. 2018, pp. 111-152. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2018-10011100152 ; última consulta 29/03/2020.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.^a, “El concepto del menor” en Martínez García, C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 73-84

Santamaría Pérez, M^a L. La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional (Tesis Doctoral). Universidad Internacional de Cataluña, 2017. Disponible en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_Mar%C3%ADa_Luisa_Santamar%C3%ADa_P%C3%A9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y ; última consulta 29/03/2020.

Solís de Ovando, R., *Diccionario de política e intervención social sobre la infancia y adolescencia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp.64-68.

Tejedor Muñoz, L. “La guarda, acogimiento y desamparo de menores” en Pous de la Flor, M.^a P., Tejedor Muñoz, L., (Coords.), *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 143-209.

Unidad Técnica Jurídica Área procesal administrativo. La tutela de menores, normativa, requisitos, procedimiento, oposición y diferencias con la guarda administrativa, *Ilustre*

Colegio de Abogados de Madrid, 2017. Disponible en <https://web.icam.es/bucket/FICHA%20TUTELA.pdf>; última consulta 29/03/2020.