ESCVELA DE PRÁCTICA JVRÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO

MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2015/2016

EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

CRISTINA DOMÍNGUEZ ESTEVE

Dirigido por José Antonio Martín Pérez

Diciembre De 2016

TRABAJO FIN DE TÍTULO

MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO O DESAMPARO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

THE NEW SYSTEM OF MINOR'S PROTECTION IN RISK OR ABANDONMENT: CRITICAL ANALYSIS OF RECENT REFORMS

CRISTINA DOMÍNGUEZ ESTEVE
crisdoes@usal.es

Dirigido por José Antonio Martín Pérez

RESUMEN (15 líneas)

En los últimos años, hemos experimentado un crecimiento del número de menores que se encuentran en una situación de desatención o desprotección. Ello ha propiciado una importante reforma de los sistemas de protección, modificando la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

La reforma tiene como objetivo dotar a los menores de una protección adecuada, mejorar los sistemas de protección y garantizar una protección uniforme en todo el territorio nacional. Asimismo, pretende reforzar el derecho del menor a que su interés sea prioritario y a que su opinión sea tomada en cuenta, a través del derecho a ser oído y escuchado.

En lo que sigue realizaremos un análisis de esta reforma, los sistemas de protección, los derechos de cada una de las partes intervinientes, así como casos reales.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): Interés del menor, desprotección, riesgo, desamparo, tutela administrativa, reinserción familiar.

ABSTRACT

In recent years, the figures show an increase of minors in risk or vulnerability. This situation has led to an important reform about the minor's protection system by Law 26/2015, 28th July, and LO 8/2015, 22th July, of amendment of system of childhood and adolescence protection.

The aim of these new laws is to provide minors with an especial protection, to improve minor's protection system and to guarantee a uniform protection all over the country. Also, they claim to make the interests of the child a priority and to take into account their opinion, by their right to be heard and listened.

Coming up next, we will try to explain recent reforms, minor's protection system; all interested parties' rights, as well as, real histories.

KEYWORDS: Interests of the child, vulnerability, risk, abandonment, administrative guardianship, family reintegration.

ABREVIATURAS:

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

ONU: Organización de las Naciones Unidas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN 1

2. EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MENOR 2

3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA SITUACIÓN DE RIESGO Y EL DESAMPARO 4

3.1. CUESTIONES PREVIAS 4

3.2. EL DERECHO DEL MENOR A PERMANECER EN SU FAMILIA DE ORIGEN 5

3.3. LA SITUACIÓN DE RIESGO Y SUS DIFERENCIAS CON LA SITUACIÓN DE DESAMPARO 7

3.4. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO 9

3.4.1. Definición y requisitos para apreciar una situación de desamparo 9

3.4.2. Circunstancias que determinan la situación de desamparo 10

3.4.3. Procedimiento de la declaración de la situación de desamparo 13

3.4.4. Efectos derivados de la declaración de desamparo 15

4. EL ACOGIMIENTO DE MENORES 16

4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS 16

4.2. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR 18

4.2.1. Características fundamentales del acogimiento familiar 18

4.2.2. Tipología de acogimiento familiar 20

4.2.3. La constitución del acogimiento familiar: procedimiento 22

4.2.4. Extinción del acogimiento familiar 23

4.3. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE EL ACOGIMIENTO 24

5. LOS DERECHOS DE LOS PADRES BIOLÓGICOS 27

5.1. EL DERECHO DE VISITAS 27

5.1.1. Suspensión del régimen de visitas: competencia y efectos 28

5.2. OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO 30

5.2.1. Cuestiones previas del procedimiento de oposición 31

5.2.2. Plazo para ejercitar la acción 31

5.2.3. Legitimación activa 32

5.2.4. Competencia 32

5.2.5. Procedimiento 32

5.3. LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN DEL ACOGIMIENTO. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS.... 33
5.3.1. Plazo para ejercitar la acción.....34
5.3.2. Imposibilidad de instar la revocación por caducidad.....35
5.4. LA REINSERCIÓN DEL MENOR EN SU FAMILIA DE ORIGEN..... 36
5.4.1. ¿En qué momento debe producirse la reunificación familiar? 36
5.4.2. El "imposible" retorno del menor con su familia de origen.....37
6. DERECHOS DE LOS ACOGEDORES..... 40
6.1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD..... 40
6.2. COMPENSACIÓN ECONÓMICA..... 41
7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 41
7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL 41
7.2. EL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SU TRIPLE DIMENSIÓN 42
7.3. CRITERIOS GENERALES Y ELEMENTOS DE PONDERACIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 43
7.3.1. Criterios generales.....43
7.3.2. Elementos de ponderación 44
7.4. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO 45
8. UN CASO REAL: MARÍA JOSÉ ABENG VS LA CONSERJERÍA DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS 46
9. CONCLUSIONES 49
10. BIBLIOGRAFÍA 53
11. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA..... 56
12. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN 58

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de procurar una especial protección a los sujetos más vulnerables de nuestra sociedad: los menores de edad, ha sido una de las principales preocupaciones del legislador desde la redacción de la Constitución, que recoge esta cuestión como un mandato a los poderes públicos en el artículo 39.

Máximo exponente de esta necesidad ha sido la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, los cambios sociales que se han producido en los últimos años y que inciden en los menores de edad, hacen que sea necesario mejorar los instrumentos de protección jurídica para cumplir con ese mandato constitucional de una forma uniforme en todo el territorio nacional.

Con las dos nuevas leyes que entraron en vigor el mes de julio del año 2015: la Ley 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, el legislador busca cumplir con esa necesidad de mejorar sustancialmente los sistemas de protección de los menores de edad, y a la vez, reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario.

Así las cosas, el objetivo del presente trabajo es ofrecer un estudio doctrinal sobre el nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; exponiendo sus ventajas a tiempo que criticamos los aspectos que necesitan una mejora.

Para llevar a cabo el estudio, se han tenido en cuenta tanto aspectos teóricos, como aspectos prácticos. Esto es, hemos combinado el análisis de materiales bibliográficos (manuales, artículos de revistas doctrinales, páginas web…) con el planteamiento práctico que aporta la jurisprudencia española al respecto, tanto en lo referente a la situación de desamparo, en la que nos centraremos, como en la situación de riesgo. Además, hemos tenido la oportunidad de recibir información de primera mano sobre el número de menores que se encuentran ahora mismo en una situación de desprotección, gracias a la ayuda proporcionada por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de Valladolid y por la Cruz Roja de Salamanca.

Para desarrollar esta cuestión, nos centraremos primeramente en el análisis de las nuevas reformas en el sistema de protección del menor. A continuación, examinaremos cuáles son esos sistemas de protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico y sus diferencias. Seguidamente, estudiaremos el acogimiento de menores. En este punto, veremos los tipos de acogimiento que existen y nos detendremos especialmente, en el acogimiento familiar, que es el más frecuente, además de ofrecer una serie de datos estadísticos mediante gráficos sobre el acogimiento en general. Inmediatamente después, analizaremos los derechos tanto de la familia biológica, entre ellos, el derecho

a recuperar a sus hijos, como los derechos de las familias acogedoras. Posteriormente, vamos a centrarnos en el estudio del interés superior del menor, ofreciendo un examen de este concepto jurídico indeterminado y de los criterios y elementos de ponderación a tener en cuenta para su interpretación y aplicación. A continuación, indagaremos en un caso real muy reciente. Y para terminar, expondremos unas consideraciones a modo de conclusión y reflexión crítica.

2. EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

La Constitución Española de 1978, recoge, dentro de los principios de la política social y económica, en el artículo 39, en primer lugar, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial, de los hijos menores de edad, a quienes les reconoce la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Asimismo prevé el deber de los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que prevea la ley.

De modo que, la necesidad de procurar una especial protección a los sujetos menores de edad emana del mandato constitucional previsto en el artículo 39, así como de diversos Tratados Internacionales que han sido ratificados por España, especialmente, de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, cuyo objetivo es promover y proteger los derechos de la infancia en todo el mundo[1], así como dotar al menor de un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad[2].

Máximo exponente de esta necesidad fue, en su momento, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM)[3], de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su finalidad, según establece la Exposición de Motivos, era la de "construir un amplio marco jurídico de protección que vinculara a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general".

Casi veinte años después de su entrada en vigor se han producido cambios sociales importantes que afectan a los menores de edad y reclaman una mejora de los instrumentos de protección jurídica. Por ello, se ha optado por reformar de forma sustancial el régimen de protección del menor de edad en el ordenamiento jurídico estatal a través de dos nuevas leyes: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de

[1] *Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño*, introducción.
[2] HUÉLAMO BUENDÍA, A.J: *Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*. Pág. 2.
[3] Esta ley había sido precedida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Esta Ley recogía una tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando el menor se encontrara en situación de desamparo.

Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.[4] Dos leyes que establecen que el interés superior del menor debe ser prioritario, primando sobre cualquier otro interés en conflicto[5].

La finalidad última de esta reforma es la de garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado español, que sirva de referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en esta materia, pues hasta ahora, las leyes autonómicas ofrecen un panorama desigual de tutela de los menores.

Son tres los principios básicos de actuación que inspiran esta modificación del sistema de protección de menores: en primer lugar, la primacía en todo caso de **las medidas familiares frente a las residenciales**. La guarda se llevará a cabo mediante el acogimiento familiar, es decir, hay que priorizar la permanencia del menor en su familia de origen. Únicamente cuando ésta no sea posible o no sea aconsejable para el interés del menor, se realizará mediante el acogimiento residencial. No obstante, existe una desventaja considerable y es que los menores inevitablemente entablarán lazos afectivos con sus cuidadores, más cuanto más pequeños sean y más tiempo permanezcan con ellos, corriendo el riesgo de que, una vez que su familia de origen esté rehabilitada, se opongan a volver con ella. En segundo lugar, **las medidas estables frente a las temporales,** en aras a lograr un menor desajuste emocional del menor. Y, en tercer lugar, **las medidas consensuadas frente a las impuestas**. Se intentará consensuar un proyecto de intervención social y educativo familiar, y sólo en el supuesto de ausencia de colaboración por parte de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores se declarará la situación de riesgo por la entidad pública competente[6].

Son varios los autores que se han pronunciado ya sobre la reforma. De la Iglesia Monje afirma que la Ley Orgánica 8/2015 es "una ley garantista y que tiene en cuenta la protección del menor en todos los ámbitos en que éste se encuentra en situaciones de vulnerabilidad"[7]. Y Muñoz García afirma que "se regulan algunos aspectos que

[4] El legislador ha optado por elaborar dos Leyes, una orgánica y otra ordinaria, por los preceptos que se modifican, así como por su afección a los derechos fundamentales recogidos en el Título I Capítulo II Sección Primera de la Constitución (artículo 81 CE).

[5] Ello no implica que tenga un carácter absoluto y que deba primar siempre y en todo caso, sino que habrá que atender a las circunstancias del caso concreto y valorar, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, la solución más acertada. De forma que la medida que se adopte en interés del menor no restrinja o limite más derechos o intereses de los que ampara.

[6] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio;* Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2016, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2016, pág. 2.

[7] DE LA IGLESIA MONJE, M.I: *Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés;* "Diario la Ley", nº 5, Sección Documento on-line, de 24 de julio de 2015. Ref. D-301, pág. 4.

pretenden evitar cualquier inmisión que frustre la propia finalidad de la norma y el interés prevalente de la infancia y la adolescencia"[8].

3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA SITUACIÓN DE RIESGO Y EL DESAMPARO

3.1. Cuestiones previas

La Ley 26/2015, de 28 de julio, mediante la reforma del artículo 17, desarrolla de forma integral la situación de riesgo y su procedimiento, cuestiones que no estaban recogidas en la Ley 1/1996, de 15 de enero. Mientras que, en el artículo 18 se afina la definición de situación de desamparo ya regulada en el artículo 172 del Código Civil, haciendo referencia, por primera vez en una norma de carácter estatal, a las circunstancias que la determinan[9].

El artículo 13, en su apartado primero, recoge la obligación de toda persona o autoridad, y especialmente de aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, de comunicarlo a la autoridad o a sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. En este sentido, el punto 45 del Anexo de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, "Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niño del año 2010", considera imprescindible el proporcionar formación específica a los maestros, así como al resto de personas que trabajan con niños, sobre cómo detectar situaciones de riesgo, de maltrato, de descuido o de explotación de los menores[10].

Como se ha dicho en el primer apartado de este trabajo, las medidas consensuadas han de primar sobre las impuestas, por ello, el artículo 15 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, prevé que en toda intervención deberá procurarse contar con la colaboración del menor y de su familia, y que ésta no interfiera en su vida escolar, social o laboral.

En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, el artículo 14 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, prevé que la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional, contenida en el artículo 172.4 del Código Civil, sin declaración previa de desamparo ni solicitud de progenitores ni tutores. Será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Todo ello se realizará en el plazo más breve posible, procediendo a la declaración de la situación de desamparo y la adopción de la medida de protección oportuna. Se echa en falta la fijación de un plazo máximo.

---

[8] MUÑOZ GARCÍA, C: *Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme;* "Diario la Ley", nº 8342, Sección Tribuna, 27 de junio de 2014, Ref.D-214.
[9] Exposición de Motivos, Ley 26/2015, de 28 de julio.
[10] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema…, op., cit.,* pág. 5.

3.2. El derecho del menor a permanecer en su familia de origen

La ONU reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños. Por ello, añade, los niños y jóvenes deberían vivir en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos, y cuidados y que promueva todo su potencial, pues los niños faltos del cuidado parental se encuentran en una situación especial de riesgo de verse privados de la crianza cálida que da ese entorno familiar[11]. En este sentido, el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño prevé que los Estados deberán velar porque el niño permanezca con sus padres o, cuando proceda, con familiares cercanos, excepto cuando la separación sea necesaria para su interés superior.

El derecho del menor a crecer y ser educado en su propia familia se califica como un derecho subjetivo perfecto ejercitable *erga omnes* o como derecho fundamental subordinado a su interés. Conlleva la ilegitimidad de cualquier procedimiento administrativo o judicial dirigido a privarle de su propia familia fuera de los casos legalmente previstos. Asimismo, el derecho de los padres de tener consigo al menor (cualificable como derecho de la personalidad) se halla afecto al mismo límite. Por ello, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo 397/2011, de 13 de junio, "el derecho a ser educado en la propia familia no tiene reconocido el carácter absoluto, ya que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas".[12]

La desintegración de un niño de su familia constituye una medida muy grave que únicamente puede adoptarse como último recurso cuando existan circunstancias que la justifiquen y, en lo posible, debe ser temporal y por el menor tiempo posible. No debe llevarse a cabo siempre que exista una medida menos gravosa y que se inmiscuya menos en la familia (principio de proporcionalidad). Por ello, la Entidad Pública, primero, debe prestar apoyo a las familias de origen para que cumplan con sus responsabilidades parentales y aumentar su capacidad para cuidar al niño, procediéndose únicamente a la separación cuando ésta sea estrictamente necesaria para proteger el interés del menor. De ahí a que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 entienda que en el enjuiciamiento de las situaciones de riesgo y de desamparo exige "un control de proporcionalidad de la medida adoptada si responde a una situación de desamparo o de riesgo y si se han agotado las medidas establecidas en la ley de protección de menores sobre ayudas a la familia biológica del menor a la que se da preferencia como lugar de normal desarrollo del menor".

Sin embargo, lamentablemente, en la práctica, la separación del niño de su familia de origen se ha convertido en la medida estrella de protección del menor, separando de sus familias a niños que únicamente se encontraban en una situación de riesgo, desatendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad y progresividad. Esto se

---

[11] 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 del año 2010.*

[12] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil.* Tomo II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 1783.

debe a que las Entidades Públicas, en muchas ocasiones, confunden el concepto de situación de riesgo y de situación de desamparo y también, la precipitación de éstas en buscar soluciones a los problemas con menores.

Son varias las razones que llevan a esta contundente intervención de las Entidades Públicas. En primer lugar, la enorme presión mediática, así como la trascendencia que pueden tener los errores de la Administración en este tipo de asuntos, lo que hace que impere el principio "más vale prevenir que curar" y de este modo, la Administración previene los conflictos que puedan darse con la familia de origen. Y en segundo lugar, la diferencia de costes. Adoptar medidas específicas respecto a familias desestructuradas tiene un coste muy elevado, de inversión de capital humano y tiempo, a diferencia de los acogimientos familiares permanentes, que salen mucho más rentables para el Estado, pues, a pesar de que se otorguen posibles ayudas económicas a las familias de acogida, el problema se traslada a dichas familias y así deja de ser un problema de la Administración. Así, se convierte en una solución inmediata y útil al problema[13].

Un ejemplo de ello es el caso R.M.S. contra España de 18 de junio de 2013, donde una madre acude con su hija de 3 años y 10 meses a los servicios sociales para solicitar una ayuda ante la mala situación económica que atravesaban y la respuesta que obtiene es que la Delegación se haría cargo de la tutela de su hija y que ésta iba a ser trasladada a un centro de acogida, decretando la situación de desamparo de la menor. La última vez que la madre pudo ver a su hija, ésta le contó que la habían llevado a una casa con piscina, lo que pone de manifiesto que la razón por la que se decretó el desamparo era la ausencia de recursos de la madre, situación que podía haberse compensado con otros medios, que no la separación de la niña de su familia. Afortunadamente, el TEDH consideró que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos (derecho a la vida privada y familiar) y ordenó que se adoptaran cuantas medidas fuesen necesarias para que la niña volviera con su madre.

En este sentido, como recoge ORDÁS ALONSO ni la pobreza, ni la incultura ni la poca inteligencia son causas que impliquen la desatención o el desamparo del menor, pues como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de febrero de 2000, "la situación de bonanza en la nueva familia acogedora no es razón suficiente para la adopción de una decisión, incluso cuando la bonanza no es sólo material, sino también afectiva y social porque toda la normativa de protección al menor destaca a necesidad de procurar la reinserción con la familia original, por lo que el "hallazgo" de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de inserción en su familia original". "El interés del menor no consiste, pues, en procurarle, "encontrarle" el

[13] BENAVENTE MOREDA, P: *Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 15, 2011. Pág. 17. Opinión compartida por BOCCIO SERRANO, MJP: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español.* Tesis doctoral, Sevilla, 2014/2015, pág. 184-186 y por ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* pág. 8.

mejor núcleo familiar posible, a modo de subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad".

Como indica BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "la finalidad de las medidas jurídicas de protección no es otra que amparar y defender a los menores ante situaciones excepcionales de desprotección, pero no admiten modificar una determinada realidad económica y social en la que éstos pudieran verse inmersos, aunque existan personas en mejores condiciones para proveer su cuidado"[14].

3.3. La situación de riesgo y sus diferencias con la situación de desamparo

El artículo 17 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece que 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 de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la Administración Pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.

En consonancia con lo expuesto, podemos afirmar que tanto la situación de riesgo como la situación de desamparo son dos medidas que justifican la intervención de la Entidad Pública para proteger al menor, pero la gravedad de la desatención o desprotección del menor será la encargada de determinar si hay que adoptar una u otra. Su principal diferencia es que la situación de riesgo implica la adopción de medidas por parte de la Administración encaminadas a reducir los factores de riesgo y promover los factores de protección dentro de propia familia, mientras que la declaración del desamparo comporta la separación del menor de su entorno familiar y será la Entidad Pública competente quien asuma la tutela del menor, procediendo la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria[15]. Es por ello que la Entidad Pública ha de ser cautelosa, adoptando primero medidas de baja intensidad, dirigidas a poner fin a la situación de riesgo antes de acometer otras más definitivas.[16] De ahí el carácter subsidiario de la declaración de desamparo.

Corresponde a la Administración Pública garantizar, en todo caso, los derechos del menor, y tratar de disminuir los indicadores de riesgo y las dificultades que incidan en

[14] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *Comentarios a las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, pág. 504-505.
[15] BESADA AGRA, L. y PUÑAL ROMARÍS, Mª E: *Menores en crisis. Propuestas de intervención y medidas reeducativa: intervención en familias con menores en situación de riesgo.* Universidad de Santiago de Compostela, 2012. Pág. 172.
[16] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil…,op,. cit.* Pág.1788.

la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y promover las medidas necesarias para su protección y la preservación del entorno familiar (artículo 17.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio). De modo que, la declaración de riesgo de un menor no sólo es compatible con su permanencia en el entorno familiar, sino que las Entidades Públicas deberán velar para que así sea.

La declaración de la situación de riesgo conllevará la elaboración e inicio de un proyecto de intervención social y educativo-familiar, en cuya ejecución deberán colaborar activamente los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, de acuerdo con sus capacidades. Se establece por primera vez en una legislación estatal esta obligación de colaboración.

Este proyecto recogerá, de forma accesible, los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazo, promoviendo los factores de protección del menor y manteniéndole en su entorno familiar. En su elaboración y posterior ejecución se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, cumpliendo así con el principio que ya hemos mencionado: las medidas consensuadas han de primar sobre las impuestas. También se comunicará y se consultará con el menor, siempre que tenga madurez suficiente, y en todo caso, a partir de los doce años (artículo 17, apartado cuarto, de la Ley 26/2015, de 28 de julio).

La Ley no recoge una enumeración de las causas que comportan una situación de riesgo para el menor, pero el artículo 17, en su apartado primero, prevé dos indicadores de riesgo a tener en cuenta: a) el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de una forma evidente y b) la concurrencia de circunstancias o carencias materiales.

No obstante, sí encontramos tres supuestos concretos en los que se procederá a la declaración de riesgo de un menor: en primer lugar, en caso de **omisión de la colaboración** prevista por parte de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores **en la ejecución de las medidas** previstas en el proyecto de intervención social y educativo familiar, se procederá directamente a la declaración de situación de riesgo del menor por la Administración competente, mediante una resolución administrativa motivada (artículo17.4 de la Ley 26/2015, de 28 de julio)[17]. En segundo lugar, cuando se aprecie **riesgo prenatal** por la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o que pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién

[17] La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), en la Sentencia núm. 298/2014, de 2 de mayo, ha puesto de manifiesto que "la obstaculización y falta de colaboración con la administración no puede suponer un factor de riesgo, ni un incumplimiento de las obligaciones respecto a los hijos, aunque dificulte la aplicación de medidas de apoyo y correctivas. En este sentido, no hay prueba de obstaculización a las actuaciones de investigación y es comprensible que los progenitores muestren desagrado e incluso enfado con los profesionales". Opinión que comparto, pues es lógico que los progenitores o tutores no quieran colaborar con las medidas impuestas si no están de acuerdo con ellas, y más teniendo en cuenta que afectan a sus hijos y que amenazan con separarlos de su lado.

nacido. Y en tercer lugar, cuando los progenitores, tutores, guardadores o acogedores se **negaren a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor**. En estos dos últimos casos, los servicios de salud y el personal sanitario deberán comunicarlo a la Administración competente, a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal para que se adopte las medidas correspondientes[18].

La Administración competente para actuar en situaciones de riesgo es la Administración local[19].

3.4. La situación de desamparo

3.4.1. Definición y requisitos para apreciar una situación de desamparo

La definición de situación de desamparo la encontramos en el artículo 172.1 del Código Civil y establece que se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. A este precepto se remite el artículo18 de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

La doctrina[20] y la jurisprudencia[21] han desarrollado cuatro requisitos necesarios para poder apreciar una situación de desamparo. En primer lugar, **un incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección** establecidos por las leyes para la guarda de los menores, esto es, los que integran el contenido de la patria potestad o tutela: velar por él, alimentarlo, tenerlo en su compañía y educarlo. En segundo lugar, que como consecuencia de ese incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de inherentes a la patria potestad o la tutela, **el menor quede privado de la asistencia moral o material necesaria.** En tercer lugar, que exista una **relación de causalidad** entre ese incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección y la privación de asistencia al menor. Y por último, que **los perjuicios producidos no puedan evitarse de otro modo que no sea la separación del menor de su familia de origen**, pues de no ser así, estaríamos ante una situación de riesgo, en la que se debería proceder a la adopción de medidas en el seno de la propia familia[22].

La declaración de situación de desamparo se produce de forma objetiva, sin tener en cuenta las causas que motivaron el imposible, incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela.

---

[18] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* pág.13-14.
[19] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* pág.12.
[20] BENAVENTE MOREDA, P: *Riesgo, desamparo…op.,cit.,* pág. 21, BOCCIO SERRANO, MJP: *El derecho del niño…op.,cit.,* pág. 178 y 200.
[21] SAP de Baleares (Sección 4ª) número 340/2008, de 9 de septiembre, SAP de Almería (Sección 2ª) número 75/2012, de 2 de abril.
[22] Cuarto requisito añadido por ORDÁS ALONSO, M en *El nuevo sistema… op., cit.,* pág.15.

3.4.2. Circunstancias que determinan la situación de desamparo

A diferencia de lo que ocurría con la situación de riesgo, la nueva Ley 26/2015, de 28 de julio, de reforma de la LOPJM del año 1996, sí establece una serie de circunstancias a tener en cuenta para verificar la existencia de la situación de desamparo.

Antes de pasar a enumerar cada una de ellas, es necesario incidir en que la concurrencia de alguna de esas condiciones no supone la existencia de la situación de desamparo, sino que implica el inicio de un procedimiento que concluirá con una resolución administrativa en la que se acuerde la declaración de desamparo. Estas circunstancias deben ser lo suficientemente graves y que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, desemboquen en una amenaza para la integridad física o mental del menor.

En consecuencia, nos podemos encontrar con supuestos en los que, aun dándose una de las circunstancias que pasamos a exponer a continuación, ésta no reviste la suficiente entidad para motivar la separación del menor de su familia originaria, bastando con la intervención administrativa en el seno de la familia mediante la declaración de situación de riesgo.

a) *El abandono del menor*, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

b) *El transcurso del plazo de guarda voluntaria* (máximo 2 años, tal como dispone el artículo 19.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio), bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) *El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor*. En particular cuando:

    a. Se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquéllas.
    b. El menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores.
    c. Exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por

parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas.

d. Se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

d) *El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad* debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del *grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares*, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) *La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución*, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.

g) *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 obligatoria[23].

h) *Cualquier otra situación gravemente perjudicial* para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia. Se trata, sin duda, de una cláusula de cierre que permite la intervención de la Administración Pública en multitud de supuestos, cuando ésta lo estime oportuno.

[23] En este sentido, MORENO-TORRES SÁNCHEZ (en *La Seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 207) plantea que en estos supuestos, cuando se trate de adolescentes y el problema deriva de su propia voluntad, habiendo seguido los padres la diligencia oportuna en su cuidado y educación, parece que la mejor solución no pasa por suspenderles el ejercicio de la patria potestad y la consiguiente separación del menor de su familia de origen, sino que en estos casos, la Entidad Pública deberá colaborar para que esa conducta desaparezca, dejando la declaración del desamparo como último recurso.

El Defensor del Pueblo afirma que esta enumeración de circunstancias es extensa y excesivamente detallada en algunos aspectos, no obstante, recoge situaciones indeterminadas que van a requerir una delicada ponderación de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad[24].

De igual forma como ocurre con la situación de riesgo, el tener un hermano declarado en situación de desamparo, salvo que las circunstancias hayan cambiado de forma evidente, es un indicador del mismo (artículo 18.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio). Hablamos de "indicador" y no de circunstancia como tal, lo que implica que el tener un hermano declarado en desamparo, no conlleva la inmediata declaración de desamparo de un menor.

Merece la pena insistir en que la situación de pobreza de los progenitores, de los tutores o guardadores[25] o la discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos[26] no van a colocar al menor en situación de desamparo (artículo 18.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio).

Respecto a los progenitores con discapacidades, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª) número 14/2015, de 12 de marzo, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la madre de un menor, que ha sido declarado en desamparo y separado de su familia de origen. Previamente, la madre interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada en Primera Instancia que rechazó su oposición a la resolución administrativa, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Superior de Justicia, en cambio, estima el recurso de casación, acordando que el menor debe regresar con sus progenitores, si bien éste no puede ser inmediato, sino que se requiere de un periodo de adaptación. Los motivos que da el TSJ

---

[24] DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de protección de la Infancia y la Ley Orgánica complementaria*, 2014. Pág. 10.

[25] 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 del año 2010: "*La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado."

[26] El artículo 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone, en su apartado cuarto, que "en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos". Recoge, además, que los niños y niñas con discapacidad deben tener los mismos derechos con respecto a la vida en familia, y en este sentido, impone a los Estados Miembros la obligación de asegurar que no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo que dicha separación sea necesario en interés del menor. Añade que los Estados Miembros proporcionar la asistencia necesaria para que las personas con discapacidad puedan asumir las responsabilidades inherentes al cuidado de sus hijos.
No obstante, hay que tener en cuenta que, cuando el interés del menor así lo aconseje, sí podrá acordarse la declaración de la situación de desamparo, pues de no ser así, se estaría originando un trato discriminatorio hacia los progenitores, tutores o guardadores sin discapacidad. Así lo indica MAYOR DEL HOYO, M.V, en *Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de lege frerenda*, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº 19, 2013, pág. 26.

son los siguientes: “Es cierto que la Sra. María Ángeles presenta una limitación del 36% por un trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo que limita sus capacidades afectivas y maternales pero también lo es que (…) poco a poco la Sra. María Ángeles había ido adquiriendo conciencia de lo que supone esta responsabilidad”. “Ha continuado en forma ininterrumpida el tratamiento psicológico y psiquiátrico pautado, al punto que la Psicóloga de referencia considera que con ayuda y con alguien que la vaya guiando puede llevar un estilo de vida totalmente normalizado y hacerse cargo de la crianza del niño”. “Las circunstancias actuales del matrimonio patentizan una situación de riesgo que sería subsumible en el art. 102, 2 punto b) de la LDOIA (La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda) y no una situación de desamparo”.

3.4.3. Procedimiento de la declaración de la situación de desamparo

Una de las principales novedades de la Ley 26/2015, de 28 de julio, es la desjudicialización de la declaración de desamparo, convirtiéndola en un procedimiento administrativo. El objetivo de esta reforma es agilizar el procedimiento.

Cuando la Entidad Pública considere que hay un menor que podría encontrarse en una situación de desamparo, deberá iniciar el correspondiente expediente administrativo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Deberá dar audiencia a los progenitores, tutores o guardadores y al propio menor, siempre que tenga la madurez suficiente o, en todo caso, cuando fuere mayor de doce años (artículo 8 CEDH).

Una vez adoptada la resolución administrativa de desamparo y, habiendo adoptado las medidas oportunas, la Entidad Pública deberá notificar de forma inmediata o, sin sobrepasar el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al propio menor, cuando éste tenga la madurez suficiente o, en todo caso, cuando tenga más de doce años. El artículo 172.1 del Código Civil prevé que la información debe ser clara, comprensible y en un formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención administrativa y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Esta información deberá proporcionarse de forma presencial siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor[27].

Merece la pena destacar la importancia que tiene que la información sea clara, comprensible y en un formato accesible, pues en buena parte de los casos, los progenitores o tutores carecen de conocimientos jurídicos y poseen un escaso nivel social, cultural y económico, y no alcanzan a entender los motivos por los que han sido

[27] La omisión de cualquiera de estos trámites, en especial, la falta de notificación, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto, el derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la Constitución Española.

separados de sus hijos, ni tampoco las actuaciones que tienen que llevar a cabo para que éstos sean reinsertados en su propia familia. De hecho, es muy frecuente que padres o tutores acudan a los Juzgados buscando respuestas, manifestando que se han dirigido en varias ocasiones a la Entidad Pública y ésta no les proporciona ninguna información[28].

Y si a lo anterior, le añadimos que es bastante frecuente que las resoluciones administrativas no estén suficientemente motivadas[29], puesto que se ha comprobado que, muchas de ellas se limitan únicamente a enumerar los apartados relativos a las circunstancias que figuran en las normas de protección como indicadores de desamparo sin mayor concreción[30], podemos comprobar que es imprescindible que la parte afectada esté amparada por la asistencia letrada, desde el mismo momento en que el menor es retirado de su familia originaria. Con ello se podría suplir esa carencia de conocimientos jurídicos de las familias biológicas y el desconocimiento del devenir de los procedimientos administrativos, y así, los progenitores o tutores podrían conocer los factores que pueden influir en el futuro de las relaciones con sus hijos y cómo oponerse a la resolución.[31]

Para concluir este apartado, considero conveniente poner acento en el hecho de que, como indica ORDÁS ALONSO[32], la declaración de desamparo sea un procedimiento prácticamente administrativo, sin necesidad de autorización judicial previa ni ratificación posterior, conlleva una merma de garantías tanto del menor como de sus progenitores o tutores. El procedimiento correcto sería, o bien, que la entidad pública interviniera inmediatamente y, una vez estudiada la situación, si se considera que concurren los presupuestos para declarar al menor en desamparo se regulara un procedimiento para que el Juez decretase tal situación y sus consecuencias, o bien, si se declara el desamparo directamente por la Entidad Pública, ésta debería solicitar al Juez que declare la suspensión o privación de la patria potestad. Opinión que comparte el Defensor del Pueblo[33] y que nos lleva a plantearnos si sería conveniente un cambio de modelo en el que la jurisdicción deba supervisar y ratificar, en todo caso, las resoluciones de desamparo, de modo que la autoridad judicial ratifique, module o anule dicha resolución.

---

[28] ZAMORA SEGOVIA, *Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen,* 2011. Pág. 12.

[29] DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Consideraciones sobre…,op., cit,.* Pág. 10: "Esta institución entiende que la ley debe fijar una exigencia de motivación reforzada y coherente con los principios que establece su artículo 2, sobre criterios para determinar el interés superior del niño. Además, en dicha motivación debería aludirse a las actuaciones de apoyo previo a la familia que se hubieran llevado a cabo para la defensa del derecho a la vida privada y familiar, tal como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, Sentencias Asunto K.A.B. contra España, de 10 de abril 2012; Asunto R.M.S. contra España, de 18 de junio de 2013."

[30] DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Consideraciones sobre…,op., cit,.*. Pág. 10.

[31] ZAMORA SEGOVIA, Mª L: *Sistema de protección de menores...op., cit,.* Pág. 30.

[32] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 20-21.

[33] DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Estudio sobre la escucha y el interés superior de menor. Revisión judicial a las medidas de protección y procesos de familia*, 2014. Pág. 32-33.

3.4.4. Efectos derivados de la declaración de desamparo

El artículo 222.4º del Código Civil establece que los menores que se hallen en situación de desamparo estarán sujetos a tutela. Los artículos 172.1 y 239 del mismo cuerpo legal atribuyen esta tutela, por ministerio de la Ley, a la Entidad Pública competente en razón del territorio, encargada de la protección de menores, que constate que un menor se encuentra en situación de desamparo. En este sentido, cuando la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de menores en cada Comunidad Autónoma declare el desamparo de un menor, asume automáticamente -*ope legis*- la tutela del mismo[34].

La tutela asumida *ex lege* por las Entidades Públicas es una tutela automática, puesto que se despliega una atención inmediata al menor, sin necesidad de una resolución judicial para su constitución; y además, es una tutela provisional y transitoria, en el sentido de que debe finalizar en el momento en que desaparezca la causa que motivó la declaración de desamparo, procediendo, en la medida de lo posible, a la reinserción del menor en su familia de origen[35].

No obstante, cabe la posibilidad de que se constituya una tutela ordinaria cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir su tutela, hablamos de personas allegadas que pudieran desempeñar las funciones tutelares con garantías de idoneidad – ascendientes, hermanos y otras personas especialmente idóneas – (artículos 234.5 y 235 del Código Civil)[36]. Ello no implica que se constituya una en defecto de la otra, sino que, cuando la Entidad Pública tenga conocimiento de un menor en situación de desamparo, asumirá su tutela, la cual se extinguirá una vez constituida la tutela ordinaria, primando siempre el interés superior del menor[37].

La Entidad Pública deberá adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda de ese menor, y tendrá que ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, o en su caso, del Juez que acoró la tutela ordinaria. Ello no implica que sea la Entidad tutora quien ejerza por sí misma la guarda del menor, sino que delegará el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda mediante la constitución de un acogimiento familiar o residencial, primando el primero en todo caso (artículo 18.3 de la Ley 26/2015, de 28 de julio).

---

[34] LÓPEZ AZCONA, A: La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. III. Pág. 30.
[35] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 26.
[36] SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (en *El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de ley de protección de la* infancia. Revista de Derecho Civil, nº 4, 2014. Pág. 138) opina que cuando no existan personas susceptibles de ser nombradas tutor civil del menor, y siempre que sea imposible o inconveniente el mantenimiento del menor en su familia de origen, la Administración deberá impulsar la adopción, y si ésta prospera, finaliza la tutela administrativa. ORDÁS ALONSO, M. comparte esta opinión y añade que sólo cabe esta posibilidad cuando la reinserción del menor en su familia de origen sea del todo imposible, haciendo siempre una interpretación restrictiva al respecto.
[37] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 27-28.

La asunción de la tutela por parte de la Administración conlleva la suspensión - que no la extinción - de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Esta suspensión afecta tanto al contenido personal como al contenido patrimonial, a diferencia de la guarda administrativa que sólo conlleva una asunción temporal de la guarda del menor por parte de la Administración (art. 172.1 del Código Civil). No obstante, los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o lo tutores en representación del menor, serán válidos siempre que redunden en el interés de éste. La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela ordinaria, si lo consideran oportuno, en base al artículo 172 del Código Civil.

Cuando el menor ya se encuentre bajo la tutela de la Entidad Pública, los padres, tutores o guardadores tendrán una participación activa y suficiente en las decisiones que se adopten en relación con sus hijos, lo que implica que la Administración deberá informarles sobre la situación del menor, así como citarles a las reuniones periódicas para ver a evolución de su hijo, y sus opiniones deberán ser tomadas en cuenta, siempre y cuando no exista resolución judicial que lo prohíba expresamente (artículo 22 LOPJM).

La Entidad Pública podrá establecer la cantidad de dinero que deberán abonar los progenitores o tutores, para contribuir, en concepto de alimentos y siempre atendiendo a sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y de la atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos (artículo 172. ter, apartado cuarto, del Código Civil). No obstante, el legislador olvida que el artículo 1903 del Código Civil - que regula la responsabilidad extracontractual de los padres respecto a sus hijos- prevé que responderán de "los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su guarda o custodia", cosa que no sucede en este caso, pues la guarda de esos menores la tiene atribuida la Administración Pública.[38]

4. EL ACOGIMIENTO DE MENORES

4.1. Consideraciones previas

La figura del acogimiento de menores se introdujo en España mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en Materia de Adopción y de Otras Formas de Protección de Menores. Posteriormente la Ley Orgánica 1/1996 la desarrolló, facilitando su aplicación. Hasta esa fecha único antecedente a esta figura que podíamos encontrar era la "colocación familiar", medida que se adoptó durante la Guerra Civil, mediante la Orden de 1 de abril de 1937, para la atención de los niños huérfanos y abandonados.

[38] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *La guarda y el acogimiento de menores.* Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2015 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015. Pág. 2.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, hace hincapié en la figura del acogimiento, sin embargo, no ofrece un tratamiento unitario de la institución, sino que su regulación se encuentra, por un lado, en el Código Civil (en los artículos 172.ter, 173 y 173.bis), y, por otro, en la LOPJM (en los artículos 20, 20.bis y 21); lo que a mi juicio dificulta enormemente su aplicación.

El artículo 172.ter del Código Civil regula el acogimiento, en sus dos modalidades: el acogimiento familiar y el acogimiento residencial, como mecanismos para el ejercicio de la guarda administrativa del menor. Ambas tienen en común el ofrecer una opción alternativa que solucione la situación de desprotección en la que se encuentre un menor[39], debiendo primar el acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para los menores de seis años, y de manera casi absoluta, para los menores de tres años, salvo que el interés superior del menor lo desaconseje.[40] Esto merece, sin duda, una valoración muy positiva, puesto que obedece a lo expuesto en el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 –ratificada por España el 30 de noviembre de 1990-, y también a la opinión generalizada de los expertos que consideran el acogimiento familiar como más beneficioso para el menor, puesto que garantiza su derecho a la convivencia familiar y evita, así, su institucionalización[41].

El concepto legal de acogimiento ha sido excesivamente simplificado con la nueva reforma, limitándose a declarar que "la guarda –asumida por la Administración- se realizará a través del acogimiento…", suprimiendo la precisión relativa a que dicha guarda ha podido ser asumida por la Entidad Pública, bien a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial (cuando el menor se encuentre en situación de guarda administrativa), o bien, como tutora *ex lege*, cuando el menor se encuentre bajo la tutela de la Administración.[42]

La nueva Ley 26/2015, de 28 de julio, no procura una definición de acogimiento familiar, sino que exclusivamente se limita a recoger los efectos que éste produce. En este sentido, CAPARRÓS Y JIMÉNEZ nos ofrecen una definición muy completa de esta figura: "es un instrumento legal de protección del menor desamparado o –en

---

[39] MAYORAL NARROS, I.V, FRÍAS FIEL, T, RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.Mª: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riego y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial. Capítulo IV: el acogimiento residencial.* Madrid, 2007. Pág. 181.

[40] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *La guarda y el…,op,. cit,.* Pág. 2

[41] No puede olvidarse que esta preferencia también obedece a razones económicas, pues la priorización del acogimiento familiar en detrimento del acogimiento residencial supone una disminución de las partidas económicas destinadas por la Administración Pública a la atención de menores en los centros. Es mucho mayor la cantidad que deben satisfacer las Entidades Públicas en los supuestos de acogimiento residencial que en los casos de acogimiento familiar.

[42] LÓPEZ AZCONA, A: *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.* Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2016. Pág. 18.

general- de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente –de forma transitoria, permanente, o con vistas a una posible adopción- dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que –siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor- deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia."[43] Su ejercicio corresponderá a la persona o personas que las Entidades Públicas designen para sustituir el núcleo familiar del menor.

Por otro lado, el acogimiento residencial es una medida de protección subsidiaria consistente en el alojamiento de un menor en un centro, residencia o institución pública (o colaboradora) adecuada a sus características, con la finalidad de prestarle la atención, educación y formación adecuadas, con carácter provisional y durante el periodo de tiempo más breve posible. La guarda de ese menor corresponde al Director o responsable de dicho centro, bajo la supervisión de la Administración autonómica competente y del Ministerio Fiscal.

Como ya hemos reiterado, el acogimiento residencial tiene el carácter de *ultima ratio*, por ello nos vamos a centrar en el acogimiento familiar.

4.2. El acogimiento familiar

4.2.1. Características fundamentales del acogimiento familiar

El acogimiento familiar es un recurso para menores que no pueden vivir con su familia, bien porque ésta no quiere, no puede o no es aconsejable para el interés superior del menor[44]. Por ello, es una medida temporal que finaliza cuando se extingue la situación que dio lugar a la declaración de desamparo del menor, regresando con su familia de origen, o bien, cuando ello no sea posible, por su adopción.

Su constitución requiere el consentimiento de los acogedores y del menor acogido, siempre que éste tenga madurez suficiente, y en todo caso, cuando sea mayor de doce años. No se requiere, sin embargo, ni el consentimiento ni tampoco el asentimiento de los progenitores o tutores del menor que va a ser acogido.

La relación que nace entre la familia acogedora y el menor acogido se rige por las disposiciones del Código Civil. En este sentido, el artículo 173.1 del Código Civil

[43] CAPARRÓS, N. Y JIMÉNEZ, I.: *El Acogimiento Familiar. Aspectos Jurídicos y Sociales.* Madrid: Rialp, 2001 Pág. 73-74.

[44] El acogimiento familiar no ha de confundirse con la adopción, puesto que no es un recurso para aquellas familias que desean tener un hijo. Además, la finalidad del acogimiento es que el niño o adolescente regrese con su familia de origen, siempre que sea posible y que su interés superior lo aconseje.

recoge la plena participación del menor en la vida de la familia[45] y la obligación de quien le acoge de "velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo".

El acogimiento familiar no modifica el estado civil de ninguna de las partes, pero sí produce efectos civiles. Por ello, conviene destacar que el acogimiento no es susceptible de inscripción como tal en el Registro Civil, pero sí cabe su anotación marginal en relación con los efectos que pueda tener hacia terceros de buena fe.[46]

Se trata de una figura revocable, esto es, si surgieren graves problemas de convivencia entre el menor y la familia acogedora, ésta podrá solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda, si bien, se exige una comunicación previa a la Entidad Pública competente para que pueda adoptar las medidas oportunas.[47]

La Administración Pública es la encargada de valorar la adecuación (o no) de la familia para el acogimiento familiar. La Ley 26/2015 no sólo fija, de conformidad con la legislación autonómica, los criterios a tener en cuenta para valorar esa idoneidad (artículo 20.2), sino que también declara quienes son inhábiles para ser acogedores: aquellos que son inhábiles para ser tutores[48] (artículo 172.ter.1 de Código Civil).[49]

La Administración Pública se encargará de proporcionar a las familias acogedoras una formación específica (artículo 20.bis.1.a), pues el papel de "padres de acogida" requiere habilidades y conocimientos especiales, ya que su situación es muy compleja: la temporalidad de la estancia del niño en la familia, el deber de mantener el contacto con la familia de origen, las limitaciones en cuanto a las decisiones que pueden tomar sobre el niño, la obligación de confidencialidad y el respeto con los antecedentes personales, valores y familia del menor, etc. [50] Además de ello, deberán prestar apoyo técnico especializado, y en el caso de menores discapacitados, habrá de estar adaptado a su discapacidad, así como prestar el auxilio necesario, en el ejercicio de sus funciones (artículo 20.bis.1.e, i).

Por todo ello, la planificación es la característica fundamental del acogimiento familiar. Siempre debe existir un plan de intervención con un objetivo claro: la

---

[45] Auto de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 108/2002 (Sección 10ª), de29 de mayo: el acogimiento "entraña una plena participación del menor en la vida de la familia que lo recibe, imponiéndole a ésta unas obligaciones similares a las que derivan de la relación paterno-filial (artículo 173.1 CC)".

[46] Artículo 154.3 del Reglamento del Registro Civil. Decreto de 14 de noviembre de 1958, actualización en el BOE de 19 de septiembre de1986.

[47] MARTÍN RODRIGUEZ, A: *Breve apunte sobre el acogimiento familiar.* Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, 2005. Pág. 109-124.

[48] Las causas de inhabilidad se recogen en los artículos 243 y 244 del Código Civil. Se trata de personas no consideradas idóneas para el desempeño de un cargo tutelar ni tampoco para ser acogedores. Pueden responder a motivos muy variados, como la falta de preparación para el cargo, falta de confianza, falta de recursos económicos, conducta inapropiada, etc., pero todas ellas tienen el mismo objetivo: priorizar el interés superior del menor.

[49] LÓPEZ AZCONA, A: *Luces y sombras...op,.cit,.* Pág. 25-26.

[50] AMORÓS, P; FUERTES, J; ROCA, M.J: *Programa para la formación de familias de acogida*. Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994

integración del menor, ya sea para la reinserción a su familia de origen, la adopción o la vida independiente.

4.2.2. Tipología de acogimiento familiar

El artículo 173.bis del Código Civil, modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, regula el acogimiento familiar, haciendo una doble clasificación.

Por un lado, atendiendo a la vinculación del menor con la familia acogedora, prevé que el acogimiento podrá tener lugar **en la propia familia extensa del menor,** es decir, ejercido por alguno/s de los miembros de su propia familia de origen, o bien, **en una familia ajena**. El acogimiento familiar en familia extensa debe ser prioritario[51], acordándose únicamente el acogimiento en familia ajena cuando la propia familia del menor no puede, no quiere o no es conveniente que se haga cargo del menor.

No obstante, aunque se acuerde el acogimiento familiar en una familia ajena, ello no implica necesariamente que el menor rompa todo tipo de relaciones con sus padres y su familia extensa, sino que, generalmente, se mantiene el contacto con ellos a través de visitas programadas. Con ello se busca mantener los lazos afectivos del menor con su familia de origen, pues, no hemos de olvidar, que la finalidad última es la reintegración del menor en su familia original.

La nueva redacción del artículo 20.1 de la LOPJM incorpora la posibilidad de que el **acogimiento en familia ajena sea especializado**, considerando como tal a aquél que se desarrolla en una familia en la que uno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respeto de menores con necesidades o circunstancias especiales, con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica. En ningún caso va a constituir una relación laboral entre la Administración y el acogedor, pues de ser así, estaríamos ante un acogimiento profesionalizado previsto en el artículo 20.1.3 LOPJM, que ya se contemplaba en la redacción antigua del artículo 173.2.2.6º del Código Civil.

[51] Ejemplos de acogimiento familiar en familia extensa: Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 1/2004 (Sección 2ª), de 12 de enero:"Las tías maternas de la menor son evidentemente idóneas en el plano objetivo y personal para hacerse caro de la misma, como igualmente sus respectivos esposos"; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 592/2005 (Sección 24ª), de 14 de julio: "Es plenamente justificada la resolución del Juzgado que otorga el acogimiento de la menor a favor de los abuelos paternos, dado que tal medida está en consonancia, con el principio del *favor filii* que se refleja en las manifestaciones de la menor y en su desarrollo psico-afectivo habida cuenta de las circunstancias que dieron lugar a la situación de desamparo"; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 159/2016, de 29 de junio: "la abuela materna tiene habilidades y capacidades suficientes para tener en acogimiento a su nieta, no existe ningún factor de riesgo para la menor por estar en compañía de su abuela, pues el hecho de que la abuela tenga en acogimiento a otra nieta y se ocupe de otro nieto hermano de la menor durante el día, no supone ningún perjuicio para ella, los informes sobre la niña demuestran que la misma está bien atendida con su abuela, tiene buen rendimiento académico, está contenta en el colegio y con la relación con su abuela y su hermano por el que siente gran afecto."

Esta nueva modalidad de acogimiento está pensada para preadolescentes, grupos de hermanos o menores con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, o enfermedades crónicas.[52]

Con la reforma se prescinde del **acogimiento en hogar funcional¸** una medida de protección situada entre el acogimiento familiar y el residencial, que sitúa a varios menores en un núcleo de convivencia similar al familiar, pero a cargo de uno o varios responsables de la Administración. Es una modalidad de acogimiento contemplada en la normativa de varias Comunidades Autónomas: Canarias, La Rioja, Cataluña y Valencia.

Por otro lado, el Código Civil clasifica el acogimiento familiar en atención a su duración y sus objetivos[53].

En primer lugar, **el acogimiento familiar de urgencia**[54], introducido por la reforma del año 2015, previsto para los menores de seis años, cuya duración no podrá exceder de seis meses. Se trata de garantizar la protección del menor en tanto en cuanto se decide la medida de protección familiar más adecuada para él.

En segundo lugar, **el acogimiento familiar temporal** -el antiguo acogimiento familiar simple-, que tiene carácter transitorio, pues la finalidad es la posible reintegración del menor a su familia de origen una vez resueltas las circunstancias que han dado lugar a la separación, o, cuando ésta no sea posible, la adopción de una medida de protección más estable, como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Su duración máxima es de dos años, salvo conveniencia de prórroga en aras del interés superior del menor (artículo 172.4 del Código Civil y 14 de la Ley 26/2015, de 28 de julio).

No parece que pueda apreciarse ninguna diferencia sustancial entre el acogimiento de urgencia y el acogimiento temporal, salvo el plazo máximo que se prevé para cada uno de ellos[55].

Y por último, **el acogimiento familiar permanente**, que podrá constituirse una vez finalizado el plazo máximo de dos años del acogimiento temporal, cuando se prevea que la reintegración del menor a su familia de origen es imposible, inadecuada o

---

[52] *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio e la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, pág. 53; así como *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, pág. 41.

[53] La Ley 26/2015, de 28 de julio, excluye, de una parte, el acogimiento provisional, en coherencia con la supresión del acogimiento constituido judicialmente, pues el antiguo artículo 173.3.2 del Código Civil constituía una modalidad de acogimiento a adoptar por la Administración mientras se tramitaba el correspondiente procedimiento de constitución judicial del acogimiento, y por otra parte, el acogimiento preadoptivo, que ha sido sustituido por la figura de "guarda con fines adoptivos"(artículo 176 y 176.bis).

[54] LÓPEZ AZCONA, A (en *Luces y sombras…,op,.cit.* Pág. 35*)*:" Modalidad de acogimiento que ya se practicaba en algunas CC.AA., en particular, respecto de los menores de tres años, según información proporcionada por sus servicios sociales. De cualquier modo, su incorporación al Código civil obedece a una de las recomendaciones del *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, pág*. 49 y 52."

[55] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *La guarda y el…,op,. cit*,. Pág. 2

desaconsejable para el menor (supuesto introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio), o bien, directamente "en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen".

La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173.bis.2.c del Código Civil). Esto es, dado el carácter permanente, el Juez, atendiendo al interés superior del menor, podrá ampliar las facultades de los acogedores más allá del contenido personal, atribuyéndoles facultades de administración de los bienes y, en su caso, la representación del menor. La jurisprudencia habla de "cuantas facultades tutelares faciliten el desempeño de sus responsabilidades" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 2/2003, de 22 de enero).[56]

Esta atribución de facultades no implica la desaparición de la tutela administrativa, permaneciendo la Administración como tutora del menor y última responsable del mismo. Además, el Juez deberá precisar, al otorgar dichas facultades, en qué lugar quedan los progenitores suspendidos de la patria potestad o los tutores suspendidos de la tutela, pues, no podemos olvidar, que el artículo 172.1 del Código Civil recoge que serán válidos los actos realizados por ellos que redunden en beneficio del menor.

En cualquier caso, la clasificación de un acogimiento como permanente, permite presumir que el mismo se prolongará, en principio, hasta la mayoría de edad del desamparado, cesando automáticamente en ese momento (artículo 173.4.d del Código Civil).[57]

4.2.3. La constitución del acogimiento familiar: procedimiento

Una de las principales novedades de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, es la "administrativización" de la constitución del acogimiento familiar, suprimiendo así, la constitución judicial del acogimiento en caso de oposición o no comparecencia de los progenitores o del tutor ordinario, que se recogía en el antiguo artículo 172.3.1 del Código Civil[58]. El legislador con esta reforma pretende agilizar el procedimiento de constitución del acogimiento en aras a una mayor protección del interés superior del menor[59].

---

[56] MAYOR DEL HOYO, Mª. V: *Código Civil Comentado. Volumen I*. Editorial Aranzadi S.A. 2011. Pág. 889.

[57] LÓPEZ AZCONA, A: *Luces y sombras…, op,. cit,.* Pág. 36.

[58] LÓPEZ AZCONA, A (en *Luces y sombras…, op,. cit,.* Pág. 27) hace una reflexión sobre la necesidad de mantener la constitución judicial del acogimiento en aquellos supuestos en los que ésta se convierte en contenciosa por la oposición de los progenitores o de los tutores ordinarios, si bien, refiere la necesidad de simplificar el procedimiento y atribuirle el carácter de tramitación preferente, a fin de evitar dilaciones indebidas. Opinión que comparto plenamente, pues así se mitigaría, en parte, la posición de poder que tiene la Administración sobre los ciudadanos.

[59] Apartado II del Preámbulo de la Ley 26/2015, de28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

A pesar de lo anterior, la resolución administrativa que acuerde el acogimiento familiar está sujeta a control jurisdiccional, puesto que es susceptible de impugnación judicial ante los Tribunales Civiles. Esta oposición podrá formularse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa (artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El artículo 172.ter.1 del Código Civil recoge que la resolución administrativa que adopte la medida de protección será notificada a los progenitores o al tutor ordinario, siempre que no hayan sido privados de la patria potestad; prescindiendo así de su consentimiento y de su audiencia.

La omisión del derecho de audiencia, en particular, ha sido muy cuestionada por el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, puesto que el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 establece que en los procedimientos de separación de un niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones". Sin embargo, el legislador ha hecho caso omiso de este Informe.

La resolución administrativa también deberá ser notificada al Ministerio Fiscal (artículo 172.ter.1), quien tiene atribuida la función de vigilancia del acogimiento (artículo 174.1). No obstante, ello no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para/con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe (artículo 172.ter.3).

Por su parte, sí es necesario el consentimiento de los acogedores, así como el acogido, siempre que tenga una madurez suficiente, o en todo caso, que sea mayor de doce años.

Cuestión muy importante es la que recoge el artículo 12, en su apartado quinto, la obligación de revisar las medidas de protección adoptadas. Se revisarán cada tres meses los acogimientos de urgencia y temporales cuando se hayan adoptado respecto de un menor de tres años, y respecto a niños mayores de esa edad, la medida deberá revisarse cada seis meses. En los acogimientos permanentes, esa revisión tendrá lugar cada seis meses durante el primer año, y a partir del segundo año, cada doce meses.

4.2.4. Extinción del acogimiento familiar

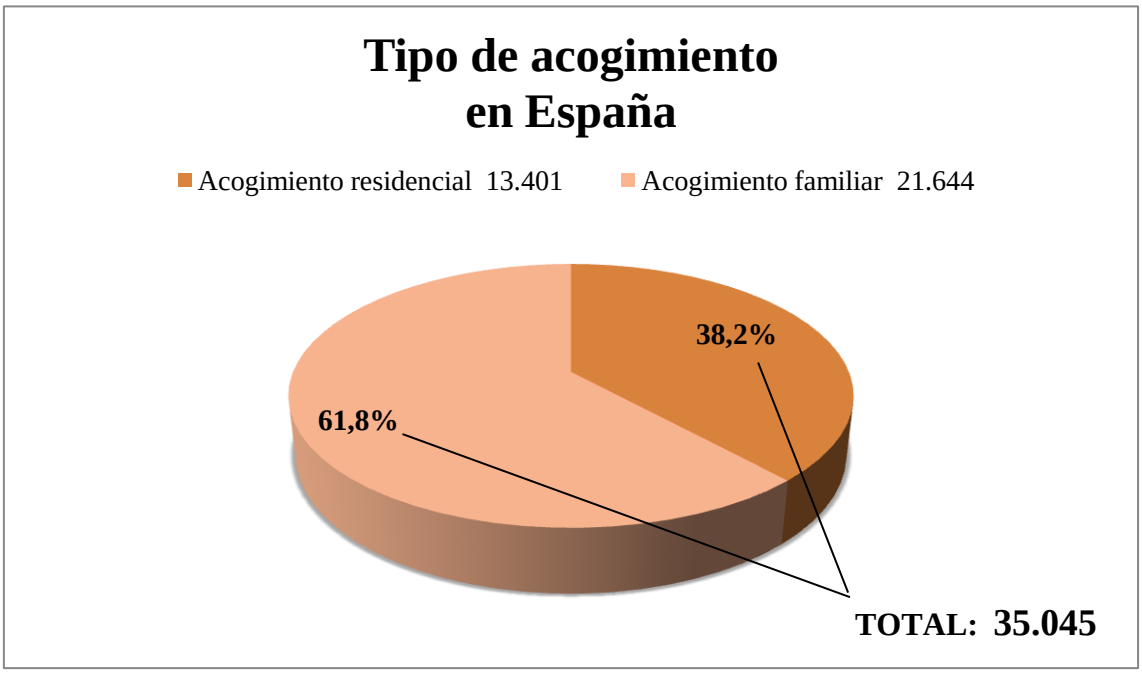
El artículo 173 del Código Civil recoge las causas por las que cesará el acogimiento familiar, a saber:

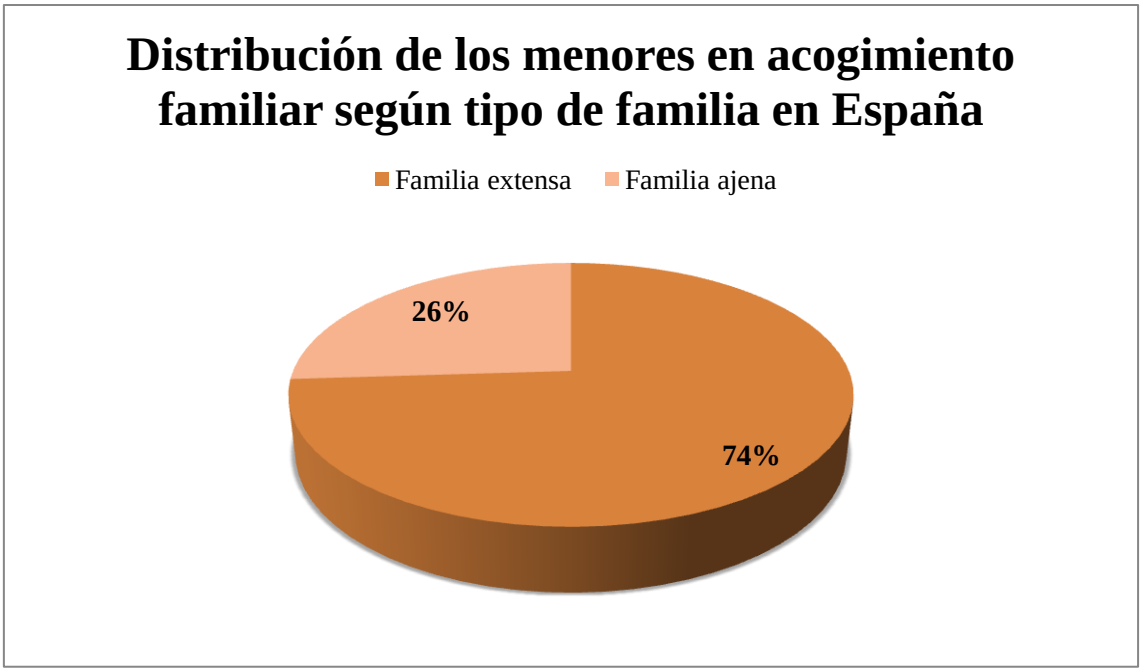
a) Por resolución judicial.
b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés el mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.

c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores.
d) Por la mayoría de edad del menor.

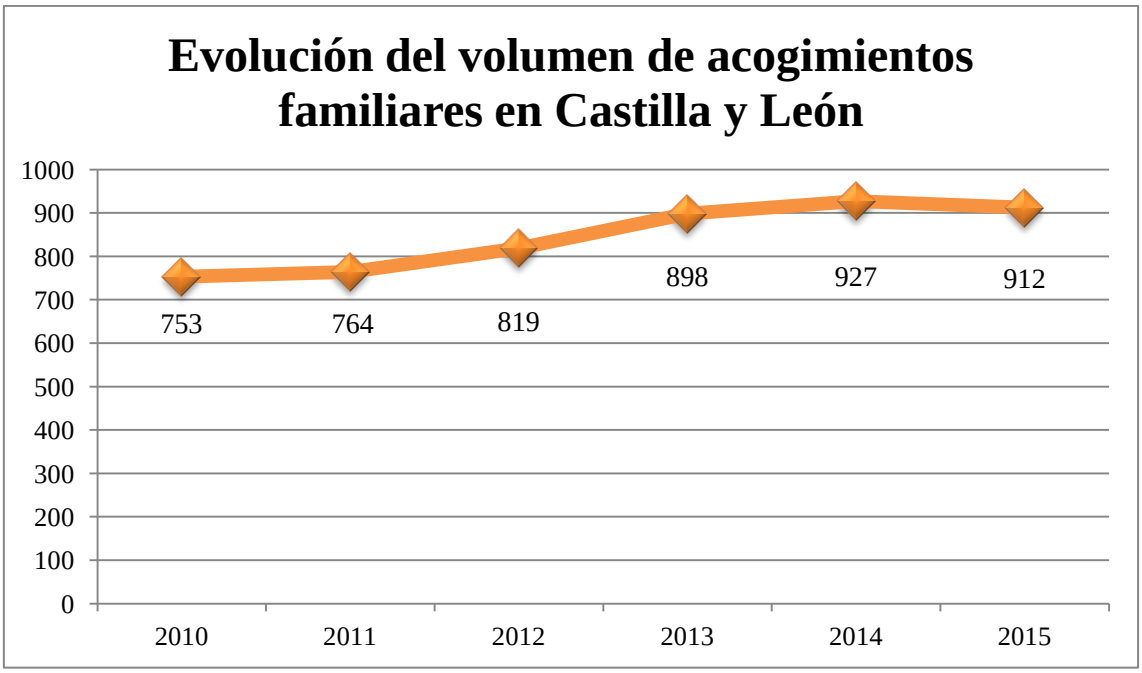
En este punto, cabe resaltar que el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias (artículo 174.2 del Código Civil).

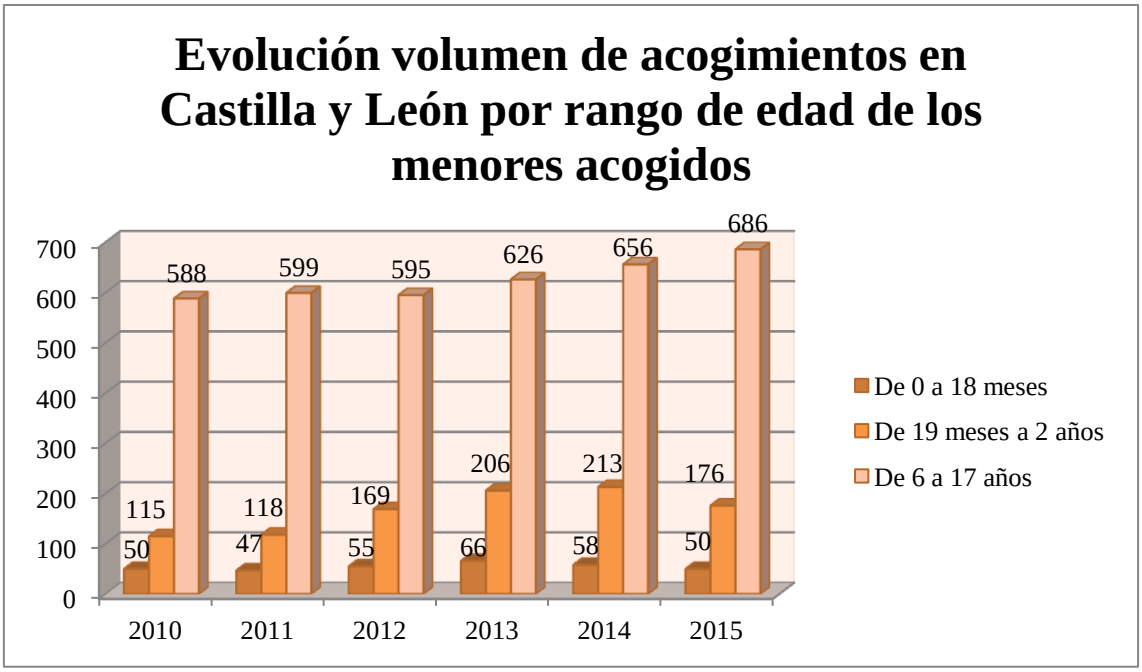
4.3. Datos estadísticos sobre el acogimiento

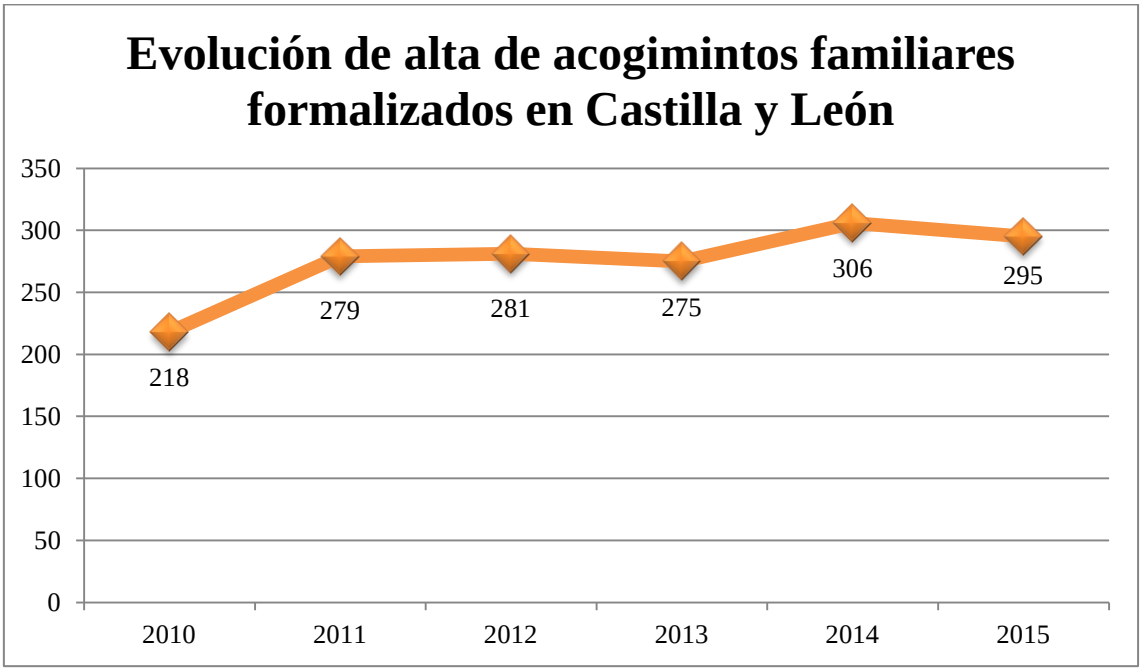




Gráficos de elaboración propia. Fuente: Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia. Boletín Estadístico número 16. Datos a diciembre de 2013.







Gráficos de elaboración propia. Fuente: Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de Valladolid, a 9 de noviembre de 2016.

5. LOS DERECHOS DE LOS PADRES BIOLÓGICOS

5.1. El derecho de visitas

Conforme hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores, el menor tiene derecho a no ser separado de sus padres contra de su voluntad, salvo en aquellos casos en los que así lo aconseje el interés superior del menor.

Por ello, cuando la separación es imprescindible, tras la declaración de desamparo y la asunción de la tutela *ex lege* por la Entidad Pública, se reconoce el derecho del niño a mantener contacto directo y regular con su familia de origen, excepto cuando ello sea perjudicial para su interés superior.[60]

Se trata de un derecho cuya titularidad corresponde, en consonancia con el principio del interés superior del menor, al hijo, sobre todo, al hijo que se ve apartado del contacto directo y continuado de sus padres. Es beneficioso para el niño mantener contacto y relación con sus progenitores cuando no existe convivencia entre ellos.[61]

En este sentido, la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, recoge la obligación de los responsables de la toma de decisiones de velar por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia de origen (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello sea contrario al interés superior del menor. Añade que, cuando un niño es separado de su familia, en las decisiones que se tomen acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto, deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones, así como la necesidad de conservarlas.

A pesar de lo anterior, cabe la posibilidad de suspender o restringir este régimen de visitas del menor desamparado con sus progenitores, hermanos, demás familiares o allegados, siempre que sea necesario para salvaguardar su interés superior.

A título de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca número 218/2015, de 22 de julio, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por los progenitores de cuatro menores, solicitando un régimen de visitas más amplio y con menos limitaciones que el establecido por los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León. Los informes de la Entidad Pública reflejan que los padres generan falsas expectativas respecto a una posible reunificación familiar y que las visitas generan nerviosismo y ansiedad a los menores, boicoteando el acogimiento familiar de los menores. La Audiencia resuelve desestimando el recurso, por entender que "en relación con la eventual integración de los menores con su familia de origen" no procede ampliar

[60] En este sentido tanto el artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el artículo 160 de nuestro Código Civil, recogen el derecho de todo niño a relacionarse con sus progenitores y a mantener contactos directos con ellos de forma periódica.

[61] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J: *Últimas reformas…op., cit.,* Pág. 7-8.

ese régimen de visitas. Además, “no se ha producido modificación de las circunstancias que permita resolver lo contrario. Por ello, el interés de los menores aconseja mantener el régimen de visitas acordado en la resolución impugnada”.

5.1.1. Suspensión del régimen de visitas: competencia y efectos

Hasta la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, no había unanimidad sobre la competencia de la Entidad Pública para establecer el régimen de visitas respecto de los menores en situación de desamparo, ni tampoco para acordar su suspensión o restricción, debido a que el artículo 161 del Código Civil atribuía esta competencia a la autoridad judicial.

La jurisprudencia en este aspecto era muy contradictoria. Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo número 663/2013, de 4 de noviembre, establece que “la administración carece de facultades propias para acordar la suspensión definitiva de las visitas de un progenitor con sus hijos, pues esta medida, en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia, solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante resolución judicial fundada”. En el mismo sentido se pronuncian la SAP de Cantabria (Sección 2ª), número 635/2013, de 2 de diciembre y la SAP de Cantabria (Sección 2ª), número 670/2013, de 17 de diciembre. Y por otro lado, el Tribunal Supremo, en la Sentencia número 321/2015, de 18 de julio, fija como doctrina jurisprudencial que “la entidad pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y de comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada." Doctrina reiterada en la STS número 286/2016, de 3 de mayo, y la SAP de Sevilla (Sección 2ª) número 80/2007, de 30 de marzo.

La nueva Ley modifica los artículos 160 y 161 del Código Civil, reconociendo éste último la competencia de la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, para regular el régimen de visitas y de comunicaciones que corresponda a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que se encuentran en situación de desamparo. Además, reconoce su competencia para suspenderlas temporalmente, en atención al interés superior del menor, previa audiencia de los afectados, así como del menor, si tiene madurez suficiente, o en todo caso, cuando sea mayor de doce años, dando traslado inmediato al Ministerio Fiscal, quien ejercerá su función supervisora. A tal efecto, el Director del Centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.

Con la suspensión de las visitas y relaciones del menor con su familia, se trata de garantizar de forma inmediata el buen fin de la medida de protección adoptada, atendiendo siempre a las circunstancias y al interés superior dl menor

El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ni el Defensor del Pueblo[62] ni el Consejo de Estado[63] están de acuerdo con este criterio adoptado con la reforma, pues la medida de impedir la relación de un menor con su familia de origen es una medida muy importante, en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia. Ambos sostienen que, al tratarse de la privación de un derecho básico, y debido a los efectos inmediatos que puede desplegar, la resolución en la que se acuerde la supresión de las comunicaciones y relaciones del menor con su familia de origen debería ser competencia exclusiva de la autoridad judicial, o al menos ser ratificada por ésta o por el Ministerio Fiscal, tras la ponderación de los intereses en conflicto y atendiendo al interés superior del menor.[64]

Como indica ORDÁS ALONSO, la limitación o suspensión de las visitas supone un paso más para el desarraigo del menor, con lo cual debe reservarse para los supuestos de extrema gravedad y estar perfectamente motivada. Por ello, no es admisible la restricción de visitas de los progenitores a sus hijos basándose en criterios estrictamente organizativos de los centros, como han podido comprobar las Fiscalías que sucede[65], ni tampoco, aquellas alegadas por las familias de acogida que se basan en que las visitas y comunicaciones con la familia de origen tienen consecuencias negativas para los niños, pues están nerviosos, tristes o lloran.[66]

En nuestra opinión, la suspensión o privación de las visitas con su familia de origen viola claramente el derecho que éste tiene a relacionarse y a mantener contacto con sus progenitores, hermanos, demás familiares y allegados, y es difícilmente compatible con el artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos y la reunificación familiar como meta final de la declaración de desamparo. No obstante, hay que tener en cuenta que, en los supuestos más graves, y cuando el interés superior del menor así lo aconseje, deberá acordarse la supresión del régimen de visitas y comunicaciones, pues, como ya se ha expuesto en páginas anteriores, el interés superior del menor debe prevalecer en todo caso. Y en esta misma línea, es posible que haya encuentros que no puedan producirse de inmediato y requieran una serie de preparativos, que hay que respetar siempre y en

---

[62] DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Consideraciones sobre los Anteproyectos…,op., cit,.*. Pág. 13.
[63] CONSEJO DE ESTADO: *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia.* Pág. 69.
[64] El Consejo de Estado propone la siguiente redacción del artículo 161 del Código Civil: "la suspensión o supresión del derecho del menor a relacionarse con sus padres, tutores, hermanos, abuelos y demás parientes biológicos solo podrá suspenderse o limitarse por resolución judicial, si resultare conveniente para su interés superior y previa audiencia del mismo si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años; correspondiendo a la entidad pública la regulación de este derecho de visitas cuando el menor se encuentre en situación de tutela o guarda administrativa, sin que, obviamente tal regulación pueda suponer una suspensión de facto del derecho. "
[65] Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009.
[66] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 31.

todo caso (por ejemplo, cuando tras un largo periodo sin contactos entre padres e hijos, debe llevarse a cabo una aproximación gradual entre ellos).

5.2. Oposición a la declaración de desamparo y constitución del acogimiento

Como ya se ha indicado en apartados anteriores, con la reforma operada en el año 2015 se ha optado por la “administarativización” total del acogimiento, y las resoluciones administrativas están sujetas al control judicial. Por consiguiente, la resolución administrativa por la que la Entidad Pública declara a un menor en situación de desamparo puede ser objeto de recurso ante la jurisdicción civil, en base a lo previsto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denominado "oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores", y así, los jueces civiles podrán controlar y revisar las decisiones administrativas. Este proceso es aplicable a otro tipo de resoluciones administrativas adoptadas en materia de protección de menores.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 274/2004, de 23 de septiembre es un ejemplo del derecho de los progenitores a oponerse a la resolución administrativa que acuerda el desamparo de un menor. La Junta de Extremadura había declarado a tres menores en situación de desamparo, procediendo a asumir su tutela, basándose en los problemas de pareja de los progenitores, una minusvalía psíquica de la madre y probable trastorno mental del padre, falta de organización doméstica, desatención de los niños.... El padre no estando de acuerdo con esta resolución administrativa, se opone a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia de Mérida falla estimando la demanda dejando sin efecto la resolución administrativa por la cual se pasaba a asumir la tutela administrativa de los tres menores por la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura. La Junta de Extremadura interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, adhiriéndose al mismo el Ministerio Fiscal.

La Audiencia Provincial de Badajoz falla confirmando la sentencia dictada en Primera Instancia, indicando que no ha lugar a la declaración de desamparo de los menores, pero sí la existencia de una situación de riesgo que hace necesario un seguimiento por parte de la Administración: “sin perjuicio de las posibles carencias y deficiencias que hayan existido, no permiten equiparar tales extremos a los presupuestos que conforman la situación de desamparo que justifique la retirada de la tutela de los menores. Ciertamente, como sugiere la Juzgadora, parece más deseable el mantenimiento de éstos dentro del núcleo familiar, y que por parte de los servicios sociales de la Consejería se proceda a hacer un seguimiento, lo más pormenorizado que estime, de la situación de dichos niños en su estancia con los progenitores, llevando a cabo cuantas visitas consideren oportuno, y recabando los informes precisos para la salvaguardia de aquéllos, lo que deberá contar con la colaboración de los padres y su efectiva disposición a someterse a las orientaciones y directrices que se les realicen.”

5.2.1. Cuestiones previas del procedimiento de oposición

Es un procedimiento que se caracteriza por el abandono de rigor formal y por la ausencia de la preclusividad.

Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, como persona que la ley llama a velar por el menor[67]. Además, el Juez tiene mayores facultades en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que destaca el interés superior del menor.[68]

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, modificó el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición ante los Tribunales Civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. El legislador exime de este requisito con el objeto de agilizar el ejercicio de la acción judicial. No obstante, en ocasiones, podría ser conveniente intentar resolver la controversia en sede administrativa y así evitar el posterior conflicto jurisdiccional y todas las consecuencias que éste comporta, sin perjuicio de que el interesado, si lo estimase oportuno, pudiera iniciarlo.[69]

Las resoluciones administrativas en materia de protección de menores gozan de presunción de legalidad y son inmediatamente ejecutivas. Por ello, los recursos se admitirán en un solo efecto, esto es, mientras se sustancia el recurso, no se suspenderán los efectos de la resolución impugnada. Es más, la doctrina indica que la salvaguarda del interés superior del menor conllevará que no se modifique su situación personal hasta que la resolución judicial que determine la misma sea firme y tenga ya ejecutoriedad.[70]

Debido a la importancia de los derechos e intereses en juego, el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, tendrán carácter preferente.

5.2.2. Plazo para ejercitar la acción

El plazo para formular la oposición es de dos meses desde su notificación (artículo 780.1 LEC).

En un principio, la Ley de Enjuiciamiento Civil no contemplaba limitación temporal alguna para la interposición del recurso, lo que permitía la impugnación de resoluciones

---

[67] DÍAZ MARTÍNEZ, A: *La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción.* Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil núm. 5/2014, parte comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. Pág. 9.

[68] MORENO TORRES, J; EZQUERRA, J; JIMÉNEZ, S: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial.* Dykinson, S.L, 2007. Capítulo II: La situación de desamparo. Pág. 117.

[69] MORENO TORRES, J; EZQUERRA, J; JIMÉNEZ, S: *Los sistemas de protección…,op., cit,.* Pág. 116.

[70] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 32.

administrativas con independencia del tiempo que hubiese transcurrido desde que se dictaron. Más adelante, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, modificó el artículo 780 e introdujo plazos para la impugnación de resoluciones administrativas, distinguiendo entre las resoluciones de declaración de desamparo y asunción de la tutela *ex lege* por parte de la Entidad Pública y el resto de resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Para las primeras preveía un plazo de tres meses siguientes a su notificación, y para el resto, de dos meses. Sin embargo, la nueva Ley 26/2015, de 28 de julio, unifica los plazos y fija el plazo de dos meses para la impugnación de todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

5.2.3. Legitimación activa

La Ley de Enjuiciamiento Civil legitima activamente para formular la oposición a los menores afectados por la resolución, a los progenitores, a los tutores, a los acogedores[71], a los guardadores, al Ministerio Fiscal y a aquellas personas que la ley les reconozca expresamente tal legitimación. Aunque no fueran actores, podrán personarse en el procedimiento en cualquier momento, sin que se retrotraigan las actuaciones.

Los menores tienen derecho a ser parte y a ser oídos, en los términos que hemos indicado en páginas anteriores. Ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales, salvo que haya intereses contrapuestos a los suyos, en cuyo caso se procederá a la designación de un defensor judicial para que les represente.

5.2.4. Competencia

La competencia para conocer de los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública que la dictó. Así lo recoge el artículo 779.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.2.5. Procedimiento

El proceso de oposición se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial, donde el actor deberá indicar cuál es su pretensión, la resolución que se impugna, así como si existen procedimientos relativos a ese menor. Es imprescindible que se incluya la fecha de notificación de la resolución administrativa, a efectos del cómputo de los dos meses de plazo para oponerse a la misma.

---

[71] La Ley 26/2015, de 28 de julio, añade a los acogedores como personas legitimadas activamente para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Esto, como indica BARBER CÁRCAMO, R. (en *La subversión constitucional del acogimiento de menores*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 17, 2002) no es más que una plasmación del derecho de ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada, previsto en el artículo 20.bis.1, apartado d) de la LOPJM.

A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá a la Entidad Pública para que aporte testimonio completo del expediente, otorgándole para ello un plazo de veinte días. Recibido el testimonio, se dará traslado al actor, emplazándole para que, en un plazo de veinte días, presente la demanda. Esta es la única forma que existe para que el actor pueda acceder al contenido de ese expediente administrativo, pues cuando se declara a un menor en situación de desamparo, al interesado únicamente se le da traslado de la resolución administrativa motivada que lo acuerda, pero no se le permite acceder a dicho expediente.

Este procedimiento seguirá los trámites del juicio verbal, por la remisión que se hace en el artículo 780.4 al 753 LEC. Se dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y a las demás personas que deban ser parte del procedimiento, emplazándoles para que, en el plazo de veinte días, contesten a la demanda (artículo 405 LEC).

En estos procedimientos no cabe renuncia, allanamiento ni transacción, y el desistimiento requerirá el consentimiento del Ministerio Fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento civil.[72]

En el supuesto de que el Ministerio Fiscal, las propias partes o el Juez competente tuvieren conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas al mismo menor, pedirán los primeros y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la acumulación de todos los procedimientos existentes ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo.

Contra el auto que deniegue la acumulación cabe interponer recurso de reposición y de apelación, sin efectos suspensivos. En cambio, contra el auto que acuerde la acumulación, no cabe interponer recurso alguno.

5.3. La acción de revocación del acogimiento. El cambio de circunstancias

El artículo 172.2 del Código Civil, a partir de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, recoge la facultad de los progenitores que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida, conforme a lo previsto en el apartado 1 del mismo artículo, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, para solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y revoque la declaración de situación de desamparo del menor, si, al haberse producido un cambio en las circunstancias que la motivaron, entiende que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección de menor.

Es necesario que ese cambio de circunstancias sea "esencial, permanente y de entidad suficiente" tal como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) número 851/2012, de 27 de diciembre: "Es cierto, como así consta acreditado, que la madre, durante los últimos dos años, ha mostrado una actitud de

[72] MORENO TORRES, J; EZQUERRA, J; JIMÉNEZ, S: *Los sistemas de protección…op,.cit,.* Pág. 121.

colaboración y participación con los Servicios Sociales anteriormente inexistente, y que su situación personal y entorno familiar, ha experimentado también un cambio notable. Sin perjuicio de ello, la prueba practicada pone de manifiesto que no obstante tales avances, la actitud de la madre en su conducta con el menor, no ha logrado mejorar su comportamiento ni su desarrollo personal, por lo que, en consecuencia, no concurriría ese cambio esencial, permanente y de entidad suficiente, que, en su caso, pudiera fundamentar la revocación de la medida de desamparo solicitada."

En este punto, surge una cuestión: si el juez a la hora de resolver debe tener en cuenta las circunstancias del momento de la declaración de desamparo, o las del momento en que debe decidir. En este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 565/2009, de 31 de julio, sienta la doctrina de que "es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido **con posterioridad** al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad."

5.3.1. Plazo para ejercitar la acción

El plazo que tienen los progenitores o tutores para instar la acción de revocación es de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declara el desamparo.

Durante este plazo de caducidad de dos años, acreditado el cambio de circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, la Administración debe acceder a dicha revocación, por tratarse de una potestad reglada. Esto es, el legislador ha querido sobreponer el principio de prioridad de la propia familia y la reinserción del menor en la misma a cualquier otro. Sin embargo, una vez transcurridos esos dos años, entramos de nuevo en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración y será ella quien, desde su punto de vista, decida sobre la revocación o no de la declaración de desamparo.[73]

Así las cosas, la posibilidad de los progenitores o tutores de instar la revocación del desamparo poniendo de manifiesto el cambio de circunstancias que ha tenido lugar con posterioridad a la declaración de desamparo, queda sometida al plazo de caducidad de dos años, decayendo una vez transcurrido este plazo. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª) número 318/2009, de 22 de octubre, aprecia falta de legitimación activa de los progenitores, dado que ha transcurrido el plazo de caducidad de dos años

[73] PÉREZ ÁLVAREZ: *Comentario al artículo 172 del Código Civil. Código Civil comentado.* Aranzadi. Pág. 8-10.

A juicio de ORDÁS ALONSO[74], esta pérdida de la legitimación activa constituye un claro ejemplo de indefensión, pues se está denegando a los progenitores y tutores el acceso a la jurisdicción para hacer valer sus intereses legítimos, vulnerando el artículo 24 de la Constitución Española, y por ello es inconstitucional. Más teniendo en cuenta que, la Administración, una vez transcurrido ese plazo, podrá adoptar cualquier medida de protección del menor, incluida la propuesta de adopción, si existe un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva a la familia de origen.[75]

Transcurridos esos dos años, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán proceder a la privación de la patria potestad ex artículo 170 del Código Civil, salvo que en ese plazo se haya logrado la reinserción familiar o se haya constituido una adopción. Sin perjuicio de ello, los progenitores podrían recuperar la patria potestad informando a la Entidad Pública competente sobre un cambio favorable en sus circunstancias. De no ser así, según DÍEZ GARCÍA[76], se vulneraría el artículo 24 CE e implicaría que, después de esos dos años, los progenitores se vieran privados de la patria potestad sin resolución judicial alguna.

5.3.2. Imposibilidad de instar la revocación por caducidad

Una vez pasados los dos años, los progenitores o tutores únicamente podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo, pudiendo el Ministerio Fiscal impugnar las resoluciones administrativas con fundamento en la información que ponen en su conocimiento los progenitores del menor.[77]

A pesar de que los progenitores o tutores no puedan instar la revocación, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada[78], podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha notificación se notificará al Ministerio Fiscal (artículo 172.3 CC). Esta resolución es susceptible de impugnación en el plazo de dos meses, según lo dispuesto en el artículo 780 LEC.

---

[74] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 36.

[75] Cuando exista pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno, la Administración puede constituir una guarda preadoptiva, notificándolo a los progenitores o tutores que no hayan sido privados de la patria potestad o tutela. Con ello, se vulnera el derecho al respeto a la vida familiar recogido en el artículo 8 del CEDH, pues se produce una injerencia en él no considerada necesaria. Y para más inri, se priva a los progenitores o tutores de un derecho mediante una mera resolución administrativa, sin intervención judicial.

[76] DÍEZ GARCÍA: *Comentario al artículo 172 CC, en Comentarios al Código Civil*. Tirant Lo Blanch, 2013. Pág. 1814.

[77] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 39.

[78] PÉREZ ÁLVAREZ (en *Comentario al artículo 172…,op., cit.,* pág. 10) considera como "entidad interesada" al director del centro o del hogar funcional en el que estuviera acogido el menor, y como "persona interesada", al propio menor, a la persona o personas que hubieran acogido al menor, e incluso, los propios padres, pues siguen siendo titulares de la patria potestad, a pesar de que ésta haya sido suspendida por la declaración de desamparo; cayendo esta legitimación cuando hayan sido privados de la patria potestad.

El artículo 172.8 del Código civil, antes de la reforma, recogía la imposibilidad de revocación de la declaración de desamparo por la Administración Pública si el menor se encontraba integrado de forma estable en la otra familia. Esta referencia ha sido eliminada con la Ley 26/2015, de 28 de julio. Sin embargo, ello no impide que, a la hora de tomar la decisión sobre la reinserción del menor en su familia de origen, se tenga en cuenta el tiempo transcurrido, la integración del menor en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

5.4. La reinserción del menor en su familia de origen

5.4.1. ¿En qué momento debe producirse la reunificación familiar?

El fin último de la declaración de desamparo, y en consecuencia, la separación de un menor de su propia familia, es que éste pueda ser reinsertado en la misma. Y a tenor de lo dispuesto, surge la cuestión siguiente: ¿Cuándo debería producirse esa reinserción del menor desamparado en su familia de origen? La respuesta es sencilla: cuando así lo aconseje el interés superior del menor, lo que nos lleva a plantearnos otra pregunta: ¿Cuándo el interés superior del menor aconseja que éste sea devuelto a su familia de origen?

Pues bien, encontramos dos respuestas a la cuestión anterior:

Por un lado, el menor deberá regresar a su familia cuando cesen las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo. En este sentido, el Código Civil, en el artículo 172.2, recoge que los progenitores que continúen ostentando la patria potestad, pero que la tengan suspendida, o los tutores que tengan suspendida la tutela, podrán pedirle a la Entidad Pública, en el plazo de dos años desde la notificación administrativa que acuerde el desamparo, que cese la suspensión y revoque la declaración de desamparo del menor en cuestión. Para ello, los progenitores o los tutores tendrán que alegar que se ha producido un cambio de las circunstancias que motivaron esa separación y que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Es más, también cabe la posibilidad de que la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de una persona o entidad interesada, revoque la declaración de desamparo y acuerde el retorno del menor con su familia, atendiendo al interés superior del menor y a ese cambio de las circunstancias que motivaron la separación.

Por otro lado, el menor regresará con su familia de origen cuando se revoque judicialmente la declaración de desamparo, entendiendo que no existe la causa que dio lugar a la declaración por parte de la Administración. Esto es, como indicaremos en las páginas sucesivas, los progenitores o tutores tienen la facultad de oponerse a las resoluciones administrativas que declaran el desamparo de un menor, y que esa resolución sea revisada por el órgano jurisdiccional.

Esta segunda posibilidad es muy grave, pues mientras en la primera la causa que motiva la declaración de desamparo de un menor existe, y cuando ésta cese, el menor regresará con su familia; en la segunda posibilidad la causa no existe, sino que la Administración ha errado en su apreciación y ha obligado a un menor a separarse de su familia sin una causa suficiente.[79]

El tiempo juega un papel importantísimo en los supuestos de reintegración del menor en su familia de origen, pues con independencia del supuesto en que nos encontremos (cambio en las circunstancias de la familia de origen o revocación del desamparo por inexistencia de causa que lo motive), como indica GARCÍA PASTOR, las dificultades para la reincorporación de un menor suelen provenir de una combinación de varios factores: en todos los casos, la lentitud judicial, y en muchas ocasiones también, la reticencia de la Administración a cumplir con la decisiones judiciales, en muchas ocasiones con la complicidad del Ministerio Fiscal y de algunos órganos judiciales.[80]

5.4.2. El "imposible" retorno del menor con su familia de origen

Como hemos indicado en el apartado anterior, la reinserción del menor en la propia familia es la medida prioritaria que debe procurar la Entidad Pública que ha asumido la tutela del menor. Así lo entiende la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que indica que la asunción de la tutela de un menor por parte de la Administración ha de considerarse una medida temporal que deberá suspenderse tan pronto como la situación se preste. De modo que, impone la obligación a los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para facilitar la reunificación familiar cuando sea posible, y cuando el interés del niño así lo aconseje.[81]

Merece destacar la Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 565/2009, de 31 de julio, del Tribunal Supremo que establece que el principio de reinserción en la propia familia y el del interés del menor "no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia

[79] BENAVENTE MOREDA, P: *Riesgo, desamparo y acogimiento… op., Cit*., Pág. 30-31.

[80] GARCÍA PASTOR, M: *Jurisprudencia Civil Comentada. Código civil*, tomo I, segunda edición, Miguel Pasquau Liaño, dir., Artículo 172. Pág, 171 y ss. Comares, 2009, pág. 683-686. En el mismo sentido se pronuncia BALLESTEROS DE RÍOS, que señala que los tribunales que resuelven sobre la oposición al desamparo o al acogimiento, "deben tener en cuenta que sus decisiones pueden ser irreversibles", máxime cuando como consecuencia de la declaración se suspende el régimen de visitas, y que por lo tanto, deberían aplicar "la máxima agilidad a la hora de ejecutar lo juzgado, por la nefasta repercusión del transcurso del tiempo en materia de menores (*Comentario a la STS de 31 de julio de 2009*, C.C.J.C, núm. 84. 2010. Pág. 1446).

[81] STEDH (Sección 3ª). Caso R.M.S. contra España de 18 de junio de 2013. SETEDH (Sección 3ª). Caso K.A.B. contra España de 10 de abril de 2012.

familia. Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»).

Sigue el Tribunal Supremo fijando como doctrina jurisprudencial el hecho de que "para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica **no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno**, **sino que es menester que esta evolución**, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo**, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo** de desamparo del menor **y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar** en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si se obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico."[82]

La Ley 26/2015, de 28 de julio, ha plasmado esta doctrina en el artículo 19.bis, estableciendo que, cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno del menor a la familia de origen, la Entidad Publica aplicará el programa de reintegración familiar. Para acordar el retorno del menor desamparado será imprescindible que se haya comprobado la evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer a convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos en los que se haya constituido un acogimiento familiar, deberá ponderarse el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y en su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.

Si finalmente, se decide que lo más idóneo es la reunificación familiar, la Entidad Pública deberá realizar un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor. Y como es sabido, la reunión de un menor, que ha vivido durante algún tiempo con una familia de acogida, con los padres naturales, no puede producirse de inmediato, sino que requiere una serie de medidas preparatorias que permitan alcanzar ese resultado.[83] Como por ejemplo, mediante el establecimiento de un régimen de visitas que

[82] BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *Comentario a la STS…op., cit*. Pág. 14.
[83] STEDH (Sección 2ª). Caso Santos Nunes contra Portugal de 22 de mayo de 2012.

paulatinamente se vaya incrementando hasta concluir con el definitivo retorno con la familia de origen.[84]

Los requisitos exigidos para el retorno de un menor con su familia de origen son de difícil o imposible cumplimiento, ya que tienen que compensar el no mantenimiento de la situación de acogimiento[85]. Ello unido a la lentitud característica de los tribunales, hace que el retorno del menor con su familia de origen sea muy difícil, sino imposible. Los progenitores se encuentran en una situación de indefensión, pues no pueden luchar contra circunstancias provocadas por el sistema y totalmente ajenas a ellos como son el transcurso del tiempo, el desarrollo de vínculos afectivos del menor con la familia de acogida, o el mantenimiento de referencias parentales con la familia de origen, y más aun si la Entidad Pública ha decidido suspender las visitas del menor con su familia de origen.[86]

En estos casos en los que se hace imposible el retorno del menor con su familia de origen, se prevé el abono de una indemnización sustitutoria.[87] Los progenitores podrán acudir a los tribunales y pedir que la Administración responda por los daños morales ocasionados como consecuencia de la imposible reunificación familiar[88], como si con la entrega de una cantidad de dinero se pudiera reparar el daño que se les ha ocasionado durante años privándoles del derecho a estar con su hijo. Además, con ello, únicamente se atiende, si se puede considerar que lo hace, a los intereses de los progenitores, pero en ningún caso da respuesta al interés superior del menor, a quien, del mismo modo, se le ha privado del derecho a estar con su familia.[89]

Consideramos conveniente terminar este epígrafe, haciendo referencia a lo que apunta BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO: "el hecho que un menor se encuentre a gusto con la familia a cuya custodia ha sido encomendado no puede predominar sobre la opción preferible, en principio, legalmente reconocida, de procurar la reinserción en su familia original. No cabe duda de que, además, junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado. La protección del menor no consiste en propiciarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos".[90]

---

[84] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 44.
[85] BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *Comentario a la STS… op.,cit*. Pág. 14
[86] BENAVENTE MOREDA, P: *Riesgo, desamparo…op.,cit.,* pág. 42.
[87] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 42.
[88] ALLUEVA AZNAR, L: *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia.* InDret, octubre 2011. Pág. 22.
[89] BENAVENTE MOREDA, P: *Riesgo, desamparo y acogimiento… op., Cit*., Pág. 34.
[90] BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R: *¿Protección de menores versus protección de progenitores?* Aranzadi Civil, 1999-III. Pág. 12-13.

6. DERECHOS DE LOS ACOGEDORES

6.1. Suspensión del contrato de trabajo y prestación por maternidad y paternidad

El artículo 45.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, recoge los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, y en el apartado d) recoge los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. De modo que, los acogedores tienen derecho a la suspensión de su contrato laboral[91] cuando se constituya un acogimiento a su favor.

Existen dos condiciones para que pueda darse tal suspensión: en primer lugar, que el acogimiento no se haya constituido por un tiempo inferior a un año; y en segundo lugar, que el acogido tenga menos de seis años o, siendo mayor de esa edad, cuente con alguna discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tenga especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales.

La suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas interrumpidas, ampliables en dos semanas por cada menor a partir del segundo. En el caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, pudiendo disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos; y en el caso de disfrute simultáneo, la suma de los mismos no podrá exceder, en ningún caso de las dieciséis semanas o de las que correspondan. Asimismo, un mismo menor no podrá dar derecho a varios periodos de suspensión (artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores).

Estos periodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados. En el caso en que se ejerza a tiempo parcial, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el Estatuto, será el que hubiese correspondido al trabajador de no haber reducido su jornada.[92] .

El trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad, durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Se trata de una suspensión independiente del disfrute compartido del periodo de descanso de las dieciséis semanas previsto en el apartado 5º del artículo 48 (artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores).

---

[91] Esto es, interrumpir temporalmente la prestación laboral sin que se rompa el vínculo contractual entre la empresa y el trabajador.

[92] http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_1.htm, consultada el día 7 de noviembre de 2016.

6.2. Compensación económica

El Estado y las diferentes Comunidades Autónomas tienen partidas presupuestarias previstas para ayudar económicamente a las familias acogedoras, quienes tienen derecho a recibir una compensación económica por su función. La explicación a este beneficio es muy sencilla, y es que, el crecimiento, el desarrollo, la buena atención y la educación de un menor generan una serie de gastos y tanto el Estado como las Comunidades Autónomas quieren favorecer a las familias dispuestas a acoger a un menor desamparado. Además, que el menor crezca en una familia estable es mucho más beneficioso para él y es preferible a su internamiento en centros de acogida.

En lo que sigue, vamos a centrarnos en lo que establece la normativa de Castilla y León en esta materia, que aparece regulada en el Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, en concreto, en su artículo 60.

Como regla general, los acogimientos en familia ajena serán compensados económicamente, así como los acogimientos con personas que hayan tenido una relación previa con el menor, salvo que éstas expresen su deseo de no ser compensadas. En cambio, los acogimientos en familia extensa sólo serán compensados cuando las circunstancias así lo exijan.

La ayuda económica dependerá de las necesidades y circunstancias del menor acogido y, en su caso, la especialidad de la atención a procurarle, sea por la disponibilidad permanente para la asistencia de casos urgentes, por la dedicación en tiempo o cuidados, o por el requerimiento en los acogedores de una concreta cualificación, preparación, experiencia o habilidad. El cambio de circunstancias del menor, puede fundamentar la modificación de la cuantía, duración y forma de abono de la compensación.

Existe un Protocolo interno, no publicado, según el cual, en Castilla y León, las ayudas para gastos extraordinarios de acogimiento familiar pueden llegar hasta 303 €.[93]

7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

7.1. Planteamiento general

El menor, como persona que es, goza de todos los derechos que le son inherentes e inalienables. No obstante, la ley no le permite adoptar determinadas decisiones ni, por tanto, ejercitar algunos de los derechos de los que es titular.

[93] Información proporcionada por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de Valladolid, el día 9 de noviembre de 2016.

El artículo 39, apartado cuarto, de la Constitución Española reconoce el interés superior del menor señalando que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". [94]

La reforma de la LOPJM operada a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, ha dado una nueva redacción a determinados artículos especialmente relacionados con el principio del interés superior del menor. Los cambios introducidos por la nueva Ley, desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Este interés del menor debe ser valorado y considerado como primordial en todas las actuaciones y decisiones que le afecten, tanto en el ámbito público como privado.

7.2. El concepto de interés superior del menor: su triple dimensión

El concepto de interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, que ha sido, a lo largo de los años, objeto de múltiples interpretaciones. Por ello, el objetivo expreso de esta reforma es dotar de un contenido detallado a este concepto. Se modifica el artículo 2, atendiendo fundamentalmente a las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los últimos años, a las Observaciones Finales a España de 3 de noviembre de 2010 del Comité de los Derechos del Niño, así como a las recomendaciones de la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea de consideración primordial[95].

La nueva redacción del artículo 2 define el concepto de interés superior del menor desde una triple dimensión.

En primer lugar, se trata de un **derecho sustantivo**, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le afecte, su interés superior sea valorado y, deberán priorizarse las medidas que respondan al interés superior del menor a la vez que se respeten los otros intereses legítimos presentes, y cuando esto no sea posible, esto es, en el caso de conflicto de intereses, prime su interés sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (de los progenitores, de los familiares o de terceros)[96], teniendo en cuenta los derechos fundamentales de las otras personas que puedan verse afectados.

---

[94] En este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia 47/2015, de 13 de febrero, ha señalado que el interés superior del menor es "la suma de distintos factores", y es el que prima en caso de conflicto. Cuando se habla de menor, se habla "de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un entorno familiar, social y económico, que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso", concluyendo que no basta con el interés en abstracto, sino que hay que atender a cada caso concreto, en función de las circunstancias.

[95] Apartado II del Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

[96] Vd. SAP de Zaragoza de 6 de mayo de 2016 en relación a la primacía del interés superior del menor sobre el interés de los progenitores: "el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al interés del menor, al cual debe atenderse de forma preferente".

En cuanto a derecho sustantivo, puede invocarse ante los tribunales y ante cualquier institución pública o privada (artículo 2.1 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio).

En segundo lugar, es un **principio general de carácter imperativo**, de modo que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, en todo caso, deberá optarse por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.

Y por último, se trata de una **norma de procedimiento** que reclama las máximas garantías procesales en orden a su evaluación y determinación. No sólo el respeto de las garantías procesales generales, sino también todas aquellas particulares que regula la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio: el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado; la intervención de profesionales cualificados o expertos, la participación de los progenitores, tutores, representantes legales o, en su caso, del defensor judicial, y del Ministerio Fiscal; la inclusión, en la motivación de la adopción de una decisión, de los criterios y elementos de ponderación aplicados; y los recursos posibles sobre esas resoluciones cuando no se haya considerado el interés superior del menor como primordial.[97]

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de mayo de 2015 señala que sólo cabe la revisión en casación si el juez *ad quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés superior del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia recurrida. En caso contrario, la sentencia recaída no será susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

7.3. Criterios generales y elementos de ponderación para la interpretación y aplicación del interés superior del menor

El nuevo artículo 2 proporciona una serie de criterios generales y unos elementos de ponderación o valoración de dichos criterios para la aplicación efectiva de derecho del menor a la consideración prioritaria de su interés.

7.3.1. Criterios generales

En primer lugar, para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del caso[98]:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

[97] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J: *Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2016 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. Pág. 1-3.

[98] De este modo se pone de manifiesto la flexibilidad del concepto del interés superior del menor, que variará en función de cada caso concreto.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Sin embargo, no siempre la voluntad de los menores vincula al Tribunal, sino que éste analizará el caso teniendo en cuenta las circunstancias y adoptando la medida que sea más acorde con su interés, que podrá coincidir o no con los deseos del menor.[99]

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

7.3.2. Elementos de ponderación

A efectos de valorar estos criterios generales, como se ha dicho, el artículo 2.3 incorpora una serie de elementos de ponderación, que coinciden con los expuestos en la Observación número 14 del Comité de los Derechos del Niño, y no son *numerus clausus***,** sino que se podrá recurrir a todos aquellos elementos que, en el supuesto concreto, "sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores":

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

[99] Vd. SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2015.

Todos estos elementos deben valorarse conjuntamente, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte para el interés superior del menor no limite o restrinja más derechos de los que ampara, pues como ya se ha indicado en reiteradas ocasiones en este trabajo, el interés superior del menor no es un derecho absoluto.

En relación a los conflictos de intereses que puedan surgir, la Ley 26/2015, de 28 de julio, en su artículo 22.quater, prima la protección integral de los menores sobre el derecho fundamental a la protección de datos, permitiendo sin consentimiento de los interesados la recogida, tratamiento de datos necesarios de los menores y de su entorno familiar o social. De modo que, el interés superior del menor prevalecerá sobre el derecho fundamental a la protección de datos[100].

7.4. El derecho del menor a ser oído y escuchado

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge el derecho del menor no sólo a ser oído, sino "a ser oído y escuchado" en cualquier procedimiento que le afecte. Esto implica que no sólo se trata de dar audiencia al menor, sino que su opinión será tomada en cuenta a la hora de adoptar decisiones.

Para adaptarnos a lo recogido en esta Convención, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, efectúa una reforma del artículo 9 LOPJM, que deja de denominarse "el derecho a ser oído" y pasa a ser "el derecho a ser oído y escuchado"[101]. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, tomando en consideración sus opiniones, en función de su edad y su madurez.[102]

Es un derecho que se atribuye al menor sin discriminación alguna por edad, por discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y que puede ser ejercitado tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación[103] que conduzca a una decisión que le afecte.

---

[100] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.*, Pág. 5.

[101] El antiguo artículo 9 de la LOPJM recogía "el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que éste directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social".

[102] La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, incorpora el término "madurez" para sustituir a la antigua expresión "suficiente juicio", pues es el término generalmente utilizad en los instrumentos internacionales en esta materia, como por ejemplo, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de la Haya, de 29 de mayo de 1993 o el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La madurez del menor será valorada por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor, como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a trataren cada caso. En todo caso, se considera que el menor tiene madurez suficiente cuando tenga doce años ya cumplidos.

[103] La incorporación de la mediación ha sido la única novedad respecto a los procedimientos en los que tiene que oírse y escucharse la opinión del menor.

Para que el menor pueda ejercer plenamente este derecho, deberá recibir la información necesaria en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Ha de proporcionársele una información completa y apropiada para su edad y circunstancias personales, acerca de su derecho a expresar su opinión libremente, informándole tanto de lo que se le pregunta, como de las consecuencias de su opinión, así como a que su opinión se tenga en cuenta a la hora de tomar una decisión.[104]

Las comparecencias o audiencias del menor, en los procedimientos administrativos o judiciales, tendrán carácter preferente y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, utilizando un lenguaje compresible para él, con la asistencia de profesionales cualificados o expertos, si fuera necesario, y preservando en todo caso su intimidad.

Para garantizar el ejercicio personal del derecho a ser escuchado, el artículo 9 prevé la asistencia del menor por un intérprete, en su caso, y la posibilidad de que éste exprese su opinión verbalmente o a través de formas verbales de comunicación. Esto tiene especial trascendencia cuando se trata de menores de muy corta edad o con discapacidad.[105]

La denegación de la audiencia o comparecencia de los menores ha de ser motivada en el interés superior del menor, y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor, y en su caso, al representante, haciendo mención expresa a los recursos que caben contra esa denegación.

Si, finalmente, la decisión adoptada no tiene en cuenta el punto de vista del menor o no le concede la importancia que éste merece, en función de su edad y su madurez, no se está respetando su participación en la determinación de su interés superior. [106]

8. UN CASO REAL: MARÍA JOSÉ ABENG VS LA CONSERJERÍA DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Un caso muy reciente y, a su vez, muy mediatizado, es la historia de María José Abeng Ayang, una joven ovetense de 19 años de origen guineano, a quien la Conserjería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias separó de su hijo, justo después de dar a luz.

María José fue declarada en situación de desamparo el 20 de octubre del año 2008 y su tutela fue asumida por el Principado de Asturias. A los 14 años se quedó embarazada, estando en un centro infantil-juvenil, y dio a luz a su hijo Juan Francisco el 4 de junio de 2012, quien fue separado de su madre nada más nacer y permaneció en el centro

[104] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 4-5.
[105] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J: *Últimas reformas…op., cit.,* Pág. 3-5.
[106] ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema… op., cit.,* Pág. 5.

materno infantil, pese a los múltiples intentos de María José de reunirse con su hijo en un solo centro.

En ese mismo mes de junio, la Administración dicta una resolución en la que declara al menor Juan Francisco en situación de desamparo y asume su tutela y su guarda. Cuando esta resolución es notificada a María José Abeng, solicita un aumento de visitas a su hijo, así como la ayuda de un psicólogo.

Durante el primer mes de vida de Juan Francisco, María José tiene fijado un régimen de visitas semanal, pudiendo estar con su hijo una hora a la semana, que se mantiene hasta que el niño tiene siete meses. A partir de ese momento, la Directora del Centro y su equipo, inician el acogimiento preadoptivo del menor y reducen las visitas de su madre a una al mes.

María José desde el momento en que tiene conocimiento del inicio del expediente de acogimiento preadoptivo muestra su disconformidad, alegando que es capaz de hacerse cargo de su hijo con la ayuda de su madre. No obstante, la única respuesta que obtiene de la Jefa de Sección de Centros de Menores es, y trascribo literalmente, "cabe la posibilidad, aunque no estés conforme con el acogimiento preadoptivo de tu hijo, de que no recurras al entender que lo mejor para tu bebé es tener unos padres que le puedan dar todo lo que tu querrías pero no estás en condiciones de darle y, que te despidas llegado el caso de Juan Francisco".

A pesar de la oposición de la madre, el 25 de noviembre de 2013, la Consejería de Servicios Sociales propone que el menor sea acogido por una familia ajena e idónea mediante un acogimiento familiar provisional previo, con suspensión de la relación familiar.

Cuando María José cumplió la mayoría de edad, emprendió una lucha para que su hijo pudiera volver junto a ella. Finalmente, la Audiencia Provincial (Sección 4ª) de Oviedo, en la Sentencia 88/2016, estimó el recurso de apelación interpuesto por María José, y revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo, que declaraba que María José Abeng estaba incursa en causa de privación de la patria potestad y que por lo tanto, no era preceptivo su asentimiento en la adopción del menor Juan Francisco.

La Audiencia indica que la Administración, desde el mismo día del parto, decidió separar a Juan Francisco de su madre, "sin que conste se barajarán otras opciones", y sin que la institución proporcionase la ayuda suficiente a María José para "enseñarle a ser madre", teniendo en cuenta su corta edad e inexperiencia.

El tribunal resuelve que María José no está incursa en ninguna causa de privación de la patria potestad, atendiendo a lo previsto en los informes de tres psicólogos, quienes alegaron que, "tras realizarse las pruebas objetivas no presenta ninguna deficiencia para el ejercicio de una maternidad responsable".

En consonancia con esto, la Audiencia considera que el interés superior del menor se satisface con la vuelta de Juan Francisco con su familia biológica, y para ello se basa en los informes de tres de los cuatro peritos recabados, quienes consideran que el menor debe reintegrarse a su núcleo familiar primario. Además, alude al artículo 19. Bis de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que aunque no es de aplicación por ser posterior a los hechos que se enjuician en esa sentencia, sí sirve como canon hermenéutico, que señala lo siguiente: "Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico".

Así, la Audiencia falla estimando que María José no está incursa en causa alguna de privación de la patria potestad, por lo cual es necesario su asentimiento en la adopción de su hijo y deja sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo con inmediata entrega de Juan Francisco a su madre; eso sí, con el correspondiente seguimiento psicológico.[107]

Son muchas las opiniones que ha generado esta historia sobre la procedencia o no de la devolución de Juan Francisco a su madre, como consecuencia de la repercusión mediática que ha tenido. Se produce un conflicto de intereses muy importante, por un lado, están los intereses de la madre biológica, por otro, los intereses de los padres preadoptivos, y por otro lado, el interés del menor. Así, lo que debe hacerse es ponderar cuál de ellos ha de primar en este caso concreto, y como hemos reiterado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, ni el interés de la madre biológica ni el de los padres de acogida son lo realmente importantes, sino que lo que prevalece en estos supuestos es el interés superior del menor y qué es lo más conveniente para él. Y en nuestra opinión, el interés del menor, en este caso, aconseja claramente la reintegración a su familia de origen.

De modo que, este es un ejemplo más de las consecuencias negativas que tiene la administrativización del acogimiento, como hemos indicado al principio de nuestro trabajo, pues en este caso, si hubiese existido un control judicial o por parte del Ministerio Fiscal de la declaración de desamparo y la posterior constitución del acogimiento familiar, el daño causado a la madre y al menor se podría haber evitado, o al menos, limitado, puesto que ¿cómo puede recuperar una madre todos los años que no ha podido disfrutar de su hijo? O ¿cómo puede un niño de 4 años recuperar esos primeros años de vida con su madre?

Es cierto que las circunstancias que rodeaban a María José no eran las más idóneas para criar a un hijo y prestarle todos los cuidados que éste requiere, no obstante, la Administración tiene las herramientas para ayudar a una madre adolescente a, como

[107] Fuente: Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 4ª) de Oviedo número 88/2016, de 10 de marzo de 2016.

dice el psicólogo que intervino en el procedimiento, “enseñarle a ser madre”. No obstante, como ya hemos indicado en páginas anteriores, es mucho más fácil para la Entidad Pública “deshacerse del problema” y constituir un acogimiento familiar, de este modo, aunque siga ostentado la tutela del menor, ya no es ella quien tiene que hacerse cargo del mismo día tras día, y además, el coste económico es mucho menor, pues será la familia de acogida quien asumirá los gastos que genere el niño, a pesar de que reciban una pequeña compensación económica por parte de la Administración.

Separar a un menor de su familia de origen es una decisión muy grave, que ha de reservarse única y exclusivamente para casos excepcionales en los que el interés del menor así lo sugiera. Es más, en los casos en los que se decida apartar a un menor de su familia, esto no implica una ruptura inmediata del menor con su familia biológica, sino que debe intentarse que mantenga contacto con ellos, a través de las visitas y comunicaciones, para así prepararle para la posterior reinserción, salvo en aquellos casos en los que no sea aconsejable para el menor.

Hay que tener en cuenta que los acogedores no son padres, sino que son sólo eso: acogedores, aunque tengan la esperanza de ser padres adoptivos en el mejor de los casos, como en el supuesto que acabamos de exponer. Cierto es que desempeñan facultades muy semejantes a las que desempeñan los titulares de la patria potestad, como la plena participación del menor en la vida de familia, la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral, pero han de ser conscientes de que el fin último de la declaración de desamparo es que el menor vuelva con su familia de origen, una vez que haya cesado la circunstancia que motivó esa separación, y que por lo tanto, no va a permanecer con ellos indefinidamente, salvo que el interés superior del menor aconseje que se constituya su adopción.[108]

9. CONCLUSIONES

PRIMERA

El artículo 39 de la Constitución Española recoge el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y especialmente, de procurar una especial protección a los sujetos menores de edad. Obligación recogida igualmente en varios de los Tratados Internacionales ratificados por España, especialmente en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

[108] CARCABA FERNÁNDEZ, M: *Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000. Ref. D-255, tomo 7, Editorial La Ley. La Ley 22501/2001. Pág. 1-2.

SEGUNDA

El legislador para cumplir con el mandato constitucional promulgó la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que fue reformada el año 2015 mediante la aprobación de dos nuevas Leyes: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia. El objetivo de esta reforma era dar prioridad al interés superior del menor.

TERCERA

La finalidad de las medidas de protección es la de amparar y defender a los menores de edad ante situaciones excepcionales de desprotección, pero no admiten modificar una determinada realidad económica y social en la que los progenitores o tutores se puedan ver inmersos, aunque existan personas en mejores condiciones para proveer a su cuidado.

CUARTA

Cabe distinguir entre la situación de riesgo y la situación de desamparo, ostentando ésta última un carácter subsidiario, pues únicamente se adoptará en casos excepcionales y cuando redunde en el interés superior del menor.

QUINTA

La actuación de la Administración en relación a la declaración de desamparo de los menores es un tanto criticable, puesto que, en muchas ocasiones entiende como situaciones de desamparo, situaciones de mero riesgo y, adopta como medida de protección la separación del menor de su familia originaria.

El alejamiento de un menor de su familia es una medida muy grave que ha de configurarse como la última opción, en supuestos excepcionales, pues todo niño tiene derecho a crecer junto a su familia de origen, salvo que se demuestre que es claramente perjudicial para su interés superior. Se exige, entonces, una actuación cauta y prudente de la Administración, respetando los principios de necesidad, progresividad y proporcionalidad. Sin embargo, la enorme repercusión mediática y la gran diferencia de costes entre la separación y otras medidas de protección distintas, llevan a la Administración a actuar de una forma tan contundente y precipitada que termina por lesionar el derecho al respeto a la vida familiar.

SEXTA

Creemos firmemente que es imprescindible la asistencia letrada de las familias de origen desde el momento en que el menor les es retirado, puesto que, en la mayoría de casos, se trata de personas de escaso nivel social, cultural y económico que no logran

entender por qué su pequeño ya no está con ellos ni tampoco qué pueden hacer para recuperarlo.

Con la ayuda de un abogado, estas familias conseguirían suplir sus carencias de conocimientos jurídicos y alcanzarían entender la actuación de las Entidades Públicas, y podrían defenderse en "igualdad de conocimientos" frente a ellas.

SÉPTIMA

Desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, la declaración de desamparo es un procedimiento puramente administrativo, lo que supone una enorme disminución de garantías tanto del menor como de los progenitores o tutores.

Entendemos que sería necesario un control judicial previo a la declaración de desamparo del menor, o al menos, un control por parte del Ministerio Fiscal, puesto que, a pesar de que, con posterioridad a la notificación de la resolución administrativa que acuerda el desamparo, los progenitores o tutores puedan oponerse a la misma, así como a las medidas de protección adoptadas para/con su hijo, ese control judicial llega tarde, pues el menor ya ha sido alejado de su familia de origen y los efectos que ello conlleva son irreversibles, tanto para el menor que se ve privado de su familia originaria, como para los progenitores o tutores que se ven privados de su hijo.

OCTAVA

El hecho de que las familias de origen estén sometidas a un plazo de caducidad de dos años para ejercitar la acción de revocación de la declaración de desamparo, alegando un cambio en las circunstancias, les deja en una clara situación de indefensión, puesto que transcurrido ese periodo, ya no tendrán legitimación para ejercitar la acción, quedando en manos del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública la posibilidad de instar dicha revocación.

NOVENA

Una vez acordada la separación del menor de su familia de origen, la Administración tiene que adoptar todas las medidas necesarias para que ese menor pueda ser reintegrado en el seno de su familia, así como para mantener el contacto directo con ella. Por ello es tan importante el establecimiento de un régimen de visitas con los progenitores o tutores, quedando a salvo, por supuesto, los casos en los que el interés superior del menor no justifique tal proceder.

DÉCIMA

El transcurso del tiempo es un obstáculo para la posible vuelta del menor con su familia, pues cuánto más se demore su vuelta, más se habrá consolidado su nueva situación y será más traumático romper con los nuevos vínculos afectivos. Esto es así, porque el paso del tiempo en la infancia influye de forma más rápida y determinante que

en la edad adulta. Así, los progenitores o tutores se encuentran en una clara situación de indefensión como consecuencia de un factor ajeno a ellos, contra el que no pueden luchar.

UNDÉCIMA

La Entidad Pública no siempre resuelve correctamente los supuestos de desprotección de los menores, probablemente porque peca de garantista de los derechos del menor, olvidándose de los derechos de las familias de origen.

Para evitar que se llegue a los supuestos en que los menores quedan absolutamente desamparados, la Administración tendría que actuar conforme a los principios de detección precoz, intervención inmediata (que no implica adoptar la medida más drástica posible, sino la más adecuada a la situación), acortamiento del tiempo del procedimiento y sobre todo, ponderación de intereses.

DUODÉCIMA

Para concluir, consideramos necesario incidir en que en estos tiempos de crisis han sucedido muchas noticias relativas a padres en mala situación económica que han perdido a sus hijos, al declarar la Administración la situación de desamparo, o que no han podido recuperarlos tras el acogimiento familiar temporal. Sin embargo, reiteramos que la pobreza no puede ser una causa de declaración de desamparo, pues como indica CARRASCO PERERA, "el "supremo interés del niño" eleva cada día más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esta exigencia Como tampoco hay mercado de niños, éstos acaban siendo transferidos, en un procedimiento sinuoso y opaco, de las clases miserables a las acomodadas."[109]

[109] Carrasco Perera, A.: *Desamparados*. *Actualidad Jurídica*, Aranzadi núm. 583 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003.

10. BIBLIOGRAFÍA

ALLUEVA AZNAR, L: *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia.* InDret, octubre 2011.

AMORÓS, P; FUERTES, J; ROCA, M.J: *Programa para la formación de familias de acogida.* Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *Comentario a la STS de 31 de julio de 2009*, C.C.J.C, 2010.

BARBER CÁRCAMO, R: *La subversión constitucional del acogimiento de menores.* Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 17, 2002.

BENAVENTE MOREDA, P: *Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 15, 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *Comentarios a las modificaciones del Código Civil del año 2015,* Tirant lo Blanch.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R: *La guarda y el acogimiento de menores.* Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2015 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil.* Tomo II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013.

BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R: *¿Protección de menores versus protección de progenitores?* Aranzadi Civil, 1999-III.

BESADA AGRA, L. y PUÑAL ROMARÍS, Mª E: *Menores en crisis. Propuestas de intervención y medidas reeducativa: intervención en familias con menores en situación de riesgo.* Universidad de Santiago de Compostela, 2012.

BOCCIO SERRANO, MJP: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español.* Tesis doctoral, Sevilla, 2014/2015.

CAPARRÓS, N. Y JIMÉNEZ, I.: *El Acogimiento Familiar. Aspectos Jurídicos y Sociales.* Madrid: Rialp, 2001.

CARCABA FERNÁNDEZ, M: *Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000. Ref. D-255, tomo 7, Editorial La Ley. La Ley 22501/2001.

Carrasco Perera, A.: *Desamparados*. *Actualidad Jurídica,* Aranzadi núm. 583 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003.

CONSEJO DE ESTADO: *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia.*

DE LA IGLESIA MONJE, M.I: *Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés;* "Diario la Ley", nº 5, Sección Documento on-line, de 24 de julio de 2015. Ref. D-301.

DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de protección de la Infancia y la Ley Orgánica complementaria*, 2014.

DEFENSOR DEL PRUEBLO: *Estudio sobre la escucha y el interés superior de menor. Revisión judicial a las medidas de protección y procesos de familia*, 2014.

DÍAZ MARTÍNEZ, A: *La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción.* Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil núm. 5/2014, parte comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

DÍEZ GARCÍA: *Comentario al artículo 172 CC, en Comentarios al Código Civil*. Tirant Lo Blanch, 2013.

GARCÍA PASTOR, M: *Jurisprudencia Civil Comentada. Código civil,* tomo I, segunda edición, Miguel Pasquau Liaño, dir., Artículo 172. Comares, 2009.

HUÉLAMO BUENDÍA, A.J: *Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio e la problemática de la adopción nacional y otros temas afines.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia.

LÓPEZ AZCONA, A: La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. III.

LÓPEZ AZCONA, A: *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.* Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2016.

MARTÍN RODRIGUEZ, A: *Breve apunte sobre el acogimiento familiar.* Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, 2005.

MAYOR DEL HOYO, M.V, en *Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de lege frerenda,* Revista de Derecho Civil Aragonés, nº 19, 2013.

MAYOR DEL HOYO, Mª. V: *Código Civil Comentado. Volumen I.* Editorial Aranzadi S.A. 2011.

MAYORAL NARROS, I.V, FRÍAS FIEL, T, RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.Mª: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riego y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial. Capítulo IV: el acogimiento residencial.* Madrid, 2007.

Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009.

MORENO TORRES, J; EZQUERRA, J; JIMÉNEZ, S: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial.* Dykinson, S.L, 2007. Capítulo II: La situación de desamparo.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ (en *La Seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español,* Aranzadi, Navarra, 2009.

MUÑOZ GARCÍA, C: *Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme;* "Diario la Ley", nº 8342, Sección Tribuna, 27 de junio de 2014, Ref.D-214. .

ORDÁS ALONSO, M: *El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio;* Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2016, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2016.

PÉREZ ÁLVAREZ: *Comentario al artículo 172 del Código Civil. Código Civil comentado.* Aranzadi.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J: *Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.* Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2016 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de ley de protección de la* infancia. Revista de Derecho Civil, nº 4, 2014.

ZAMORA SEGOVIA, *Sistema de protección de menores. Desamparo. Reinserción del menor en familia de origen,* 2011.

11. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 592/2005 (Sección 24ª), de 14 de julio.

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 108/2002 (Sección 10ª), de 29 de mayo.

Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 4ª) de Oviedo número 88/2016, de 10 de marzo de 2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) número 340/2008, de 9 de septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 159/2016, de 29 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) número 75/2012, de 2 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 274/2004, de 23 de septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 298/2014, de 2 de mayo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 1/2004 (Sección 2ª), de 12 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), número 635/2013, de 2 de diciembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), número 670/2013, de 17 de diciembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 2/2003, de 22 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) número 851/2012, de 27 de diciembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª) número 318/2009, de 22 de octubre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca número 218/2015, de 22 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) número 80/2007, de 30 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de febrero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de mayo de 2016.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª) número 14/2015, de 12 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 565/2009, de 31 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 397/2011, de 13 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo número 286/2016, de 3 de mayo

Sentencia del Tribunal Supremo número 321/2015, de 18 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo número 47/2015, de 13 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo número 663/2013, de 4 de noviembre.

SETEDH (Sección 3ª). Caso K.A.B. contra España de 10 de abril de 2012.

STEDH (Sección 2ª). Caso Santos Nunes contra Portugal de 22 de mayo de 2012.

STEDH (Sección 3ª). Caso R.M.S. contra España de 18 de junio de 2013.

12. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo, de Castilla y León.

Constitución Española.

Código Civil.

Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Ley de Enjuiciamiento Civil.

Reglamento del Registro Civil. Decreto de 14 de noviembre de 1958, actualización en el BOE de 19 de septiembre de1986.

Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños del año 2010.*

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Observaciones Finales a España de 3 de noviembre de 2010 del Comité de los Derechos del Niño.

Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Ley 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.