



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2017/2018

LA PROTECCIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LOS
MENORES DE EDAD

(Minor's legal-administrative protection)

Realizado por la alumna Dña. Lucía Fernández González.

Tutorizado por la profesora Dra. Dña. Anabelén Casares Marcos

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	5
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGÍA.....	8
Bloque I: “Aspectos generales de la protección jurídica del menor de edad”	10
1. Introducción.....	10
2. El menor de edad en el sistema jurídico: especial protección y promoción.....	11
2.1. Sistema Constitucional mixto.....	11
2.2. El alcance de la protección pública sobre los menores.	13
3. Los derechos fundamentales de los menores.....	14
3.1. El menor como sujeto de derechos fundamentales.....	14
3.2. Regulación de los derechos fundamentales del menor.....	15
3.3. Derechos reconocidos por ley.....	17
1. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.....	17
2. Libertad de expresión e información	18
3. La libertad ideológica	18
4. Derechos de participación, asociación y reunión	18
5. Derecho a ser oído y escuchado	19
3.4. Tutela de los derechos fundamentales.....	20
4. El “interés superior” del menor.	21
4.1. El reconocimiento normativo de un principio <i>favor minoris</i>	21
4.2. Dificultad de concreción en cuanto concepto jurídico indeterminado.	23

4.3. Criterios interpretativos para la concreción del interés del menor en cada circunstancia.	26
Bloque II: “Reparto competencial y colaboración entre Administraciones”	29
1. Traspaso y distribución de competencias.	29
2. Instituciones competentes en Castilla y León.	32
2.1. Consejería de Familia e Igualdad de oportunidades	32
2.2. Gerencia de Servicios Sociales	32
2.3. Centros de Acción Social	34
2.4. Equipos de Intervención Familiar	35
3. Principios de cooperación, colaboración, participación y coordinación institucional e interadministrativa.	36
Bloque III: “Actividad protectora de la Administración”	39
1. Situaciones de desprotección.	39
1.1. Situaciones de riesgo	40
1.2. Situaciones de desamparo	48
a) La Guarda administrativa	54
b) Tutela y acogimiento: familiar y residencial	55
c) Adopción	59
2. Otras actuaciones y medidas de intervención.	66
2.1. Centros de Educación Infantil	66
2.2. Centros de día y ludotecas	67
2.3. Centros de protección.	68
2.4. Centros de protección o de acogida inmediata.	68
2.5. Casas-hogares.	68
2.6. Centros especializados para menores infractores.	69
2.7. Centros de emergencia para menores no acompañados.	70
3. Conclusiones	70
BIBLIOGRAFÍA	77

ANEXO I. JURISPRUDENCIA.	81
ANEXO II. LEGISLACIÓN	83
ANEXO III. ESTADÍSTICAS	84
Menores de edad atendidos en el sistema de atención y protección a la infancia en Castilla y León.....	84
Apoyo a las familias de menores de edad en riesgo en Castilla y León.....	84
Menores protegidos y tutelados en Castilla y León.....	85
Menores acogidos en Castilla y León.....	85
Menores nacionales adoptados en Castilla y León.....	86
Menores extranjeros adoptados en Castilla y León.....	86

ABREVIATURAS

Art.	= Artículo
CC	= Código Civil
CE	= Constitución Española
CEAS	= Centros de Acción Social
EIF	= Equipos de Intervención Familiar
Ej.	= Ejemplo
LEC	= Ley de Enjuiciamiento Civil
Núm.	= Número
Ob. cit.	= <i>Opere citato</i> , De la obra citada
Pág.	= Página
PIF	= Programas de Intervención Familiar
S.	= Siglo
ss.	= Siguietes
STC	= Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
Vid.	= <i>Vide</i> , Véase

RESUMEN

El ordenamiento jurídico del Siglo XX ha ido reflejando progresivamente un cambio en la perspectiva social y jurídica de la infancia hasta alcanzar una nueva concepción de los menores de edad, entendidos hoy como verdaderos titulares de derechos con una progresiva capacidad para ejercitarlos.

El Estado social y protector implantado en la actualidad debe otorgarles una tutela integral y coordinada en la que intervengan, de forma subsidiaria o simultánea, diversos niveles de responsabilidad, desde los padres o tutores del menor, hasta su comunidad, los servicios públicos y el sistema de justicia.

Para llevarla a la práctica lo fundamental será implantar programas de carácter preventivo y, ante situaciones de riesgo, desamparo, inadaptación o desajuste social, establecer un completo sistema de actuación que comprenda la atención, protección e integración de los menores en un entorno adecuado.

Este régimen de protección queda reflejado en la normativa vigente sobre la materia, analizada a lo largo del presente trabajo, tanto en su ámbito estatal con la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como con las diferentes normativas autonómicas, en concreto la de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia.

ABSTRACT

The legal system of the Twentieth Century has been progressively reflecting a change in the social and legal perspective of childhood until reaching a new conception of minors, understood today as true holders of rights with a progressive capacity to exercise them.

The social and protective State currently in place must grant them a comprehensive and coordinated tutelage in which various levels of responsibility, from the parents or guardians of the minor, to their community, public services and the system of Justice, intervene in a subsidiary or simultaneous manner.

To put it into practice, the fundamental thing will be to implement programs of a preventive nature and, in situations of risk, abandonment, maladjustment or social maladjustment, establish a complete system of action that includes care, protection and integration of children in an appropriate environment.

This protection regime is reflected in the current regulations on the matter, analyzed throughout this work, both at the state level with Organic Law 1/1996 of January 15, legal protection of minors, as with the different regulations autonomous communities, specifically that of our Autonomous Community, the Castilla y León Law 14/2002, of 25 July, on child care and protection.

Palabras clave: Administración Pública, Interés superior del menor, Menor, Protección, Servicios sociales, Situación de desamparo, Situación de riesgo.

Keywords: Public Administration, Children's best Interest, Minor, Protection, Social Services, Helpless Situation, Risky Situation.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto principal del trabajo es llevar a cabo un análisis pormenorizado del sistema jurídico español que ampara al menor de edad en situaciones de desprotección.

En concreto, se analizan las diferentes competencias y funciones que desarrolla al respecto la Administración Pública a nivel nacional y a nivel de las distintas Comunidades Autónomas que integran el país.

Asimismo, como objetivos específicos destacan el reconocimiento de un interés superior del menor como principio inspirador de toda la actuación pública, y con él la regulación de determinados derechos que ostentan hoy en día los menores de edad y que deben ser garantizados por los Poderes Públicos.

También se analiza el reparto de competencias y los principios que rigen las actuaciones de los órganos administrativos según la situación de desprotección en que se encuentre el menor y según las medidas que resulten más adecuadas para su caso concreto.

En definitiva, mi intención es plasmar en este trabajo uno de los objetivos irrenunciables para cualquier sociedad justa y desarrollada: la plena efectividad de los derechos de todos sus miembros, particularmente, de aquellos que no pueden hacerlos valer por sí mismos.

METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo de investigación he llevado a cabo un análisis de diferentes fuentes y estudios dedicados a la materia y relacionados con ella, sobretodo en el ámbito del Derecho Administrativo.

En primer lugar, fue necesario un profundo trabajo de familiarización con la diversa normativa y sus modificaciones, a nivel internacional, estatal y autonómico. Especialmente relevantes en este aspecto han sido la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, junto con su modificación mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, con objeto, esta última, de desarrollar y concretar el sistema que ampara a los menores de edad en nuestra Comunidad. Una reflexión comparativa entre las citadas leyes es básica para entender el reparto de competencias y la distribución territorial de tareas.

No solo fue importante adquirir conocimientos sobre el contenido legal y jurídico de la materia, sino a su vez, indagar acerca de su correcta interpretación, que se encuentra recogida en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales emitidos al respecto. Esto fue posible gracias a la búsqueda y análisis de abundante material teórico: desde diversos artículos, monografías, manuales o revistas, consultadas en bases de datos como Dialnet y Aranzadi Digital, hasta diferentes criterios asentados por los Tribunales mediante sentencias, extraídas en su mayoría a través de las bases de datos de Westlaw y CENDOJ.

Además, durante el verano de 2017 tuve la oportunidad de familiarizarme ya con la materia gracias a la beca de colaboración que realicé en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de León, en el proyecto de investigación “Delitos sexuales contra menores de edad”, bajo la tutela de la profesora María Anunciación Trapero Barreales. Mi tarea consistió en recopilar datos específicos sobre la jurisprudencia dictada al respecto.

Pude así interesarme ya sobre este colectivo que merece especial atención en nuestra sociedad, sobre sus situaciones de desprotección y la tutela que les ofrecen los Poderes

Públicos, y en particular, la Administración, en especial en un tema tan trascendental y grave como son los atentados contra su libertad e indemnidad sexual.

Por último, para adquirir más información y conseguir una visión general y práctica de la ejecución de los servicios y actuaciones de protección que realiza la Administración, conté con la asistencia de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León. En concreto mantuve una entrevista con la Gerente encargada de la Sección de Familia y con un jurista del Cuerpo de Letrados que asiste a la Gerencia, lo que me confirió un interesante y valioso punto de partida para el posterior análisis teórico realizado a título propio.

Bloque I: “Aspectos generales de la protección jurídica del menor de edad”

1. Introducción

La Constitución Española de 1978, en el Capítulo III del Título I, al regular los principios rectores de la política social y económica, establece la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, con carácter singular, la de los menores de edad (art. 39) Se establece de esta forma una exigencia consistente en proteger al menor de edad desde una perspectiva jurídica, económica y social, con independencia de su filiación y del estado civil de sus progenitores.

Nos encontramos una inclinación constitucional a prestar particular atención a un sector de la sociedad especialmente vulnerable, como es el de los menores. El objetivo es minimizar aquellas situaciones que supongan un perjuicio para su integridad física, psicológica o moral.

Las transformaciones sociales y culturales producidas en las últimas décadas son las que han provocado un cambio significativo en la concepción del estatus jurídico de los menores. Han pasado de ser considerados sujetos incapaces a ser reconocidos como auténticos titulares de derechos, con una progresiva capacidad para ejercitarlos.

Esta especial atención a la infancia debe ser entendida y expresada hoy en día como una acción compleja, integral y coordinada en la que concurren, en una actuación subsidiaria o simultánea, diversos niveles de responsabilidad: los padres del menor, el entorno familiar, la comunidad, los sistemas y servicios públicos, y particularmente los de salud, educación y acción social, el sistema de justicia y los servicios especializados de protección, específicamente articulados al efecto¹.

La reciente promulgación de nuevas normas legales en el ordenamiento jurídico español, como reflejo de esta realidad, ha introducido importantes modificaciones en el sistema protector del menor de edad, concreciones terminológicas y conceptuales y novedosas figuras. Entre ellas, cabe destacar la situación de desamparo, que permite la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente en supuestos

¹ Exposición de Motivos de la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

de desprotección grave del menor, así como la guarda de los menores de edad, ejerciéndose ambas mediante el acogimiento familiar o residencial.

Es innegable la trascendencia que ha supuesto para esta materia la aprobación de nueva normativa tanto estatal como autonómica, que pretende no sólo actuar frente a las situaciones de abandono del menor, sino también procurar su integración en un entorno idóneo que posibilite su necesario desarrollo evolutivo.

Todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre la materia. En este trabajo se analizará, en particular, la regulación que establece al efecto la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, que ha establecido un marco ordenador de los principios generales y la determinación de los criterios, las reglas a los que han de ajustarse las actuaciones de atención y protección a la infancia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y la participación en ellas de todos los estamentos, sectores y colectivos implicados.

2. El menor de edad en el sistema jurídico: especial protección y promoción.

2.1. Sistema Constitucional mixto.

Aunque *a priori* pueda parecer que es la Administración Estatal o la Autonómica la destacable en esta materia, lo cierto es que el mayor protagonismo pertenece a la Administración Local, cuya función principal es prevenir las situaciones de desprotección, como se verá más adelante.

El modelo social de Estado garantista que establece nuestra Constitución de 1978 promueve un novedoso marco jurídico-político de protección a la infancia, aunque dicha protección sea herencia, en parte, de regulaciones anteriores². Este nuevo sistema viene reconocido en varios preceptos constitucionales:

- Art. 14: derecho a la igualdad;

- Art. 39.1 y 2: obligación de los poderes públicos de brindar protección integral a la familia y a los hijos;

² La Constitución republicana de 1931 fue la primera que contempló la protección pública de la infancia en su art. 43, precedente del actual art. 39 de la Constitución de 1978.

- Art. 39.3: deber de los padres a prestar asistencia de todo orden a sus hijos; y
- Art. 39.4: reconocimiento de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños.

En síntesis y conjugando dichos preceptos, nuestra Constitución proclama un sistema calificado por la doctrina como sistema mixto de protección a la infancia, ya que se establece una estrecha colaboración entre el ámbito público y el ámbito privado. Familia y poderes públicos comparten por ello varias responsabilidades³.

Por un lado, los poderes públicos deben aplicar una política que asegure la protección integral de los menores. Las Administraciones han de asegurar el disfrute de los derechos que nuestro ordenamiento reconoce a los menores, y articular la asistencia y protección que les sea necesaria, tanto en el ámbito personal y social como en el de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio⁴.

Esto se consigue actuando en tres grandes escalas ordenadas por prioridad: en primer lugar deberán colaborar con las familias; asimismo deberán controlar que los responsables del menor cumplan con sus deberes legales de guarda; por último intervendrán subsidiariamente en casos de incumplimiento de dichos deberes y de inexistencia de protección.

Además de esto, los padres o tutores tienen encomendados determinados deberes y funciones asistenciales que deben proporcionar al menor en el seno de la familia, los cuales derivan, a su vez, de la patria potestad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral y representarlos y administrar sus bienes⁵. Las Administraciones Públicas deben colaborar con ellos con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso el cumplimiento de sus responsabilidades, pero será la familia la primera y directamente responsable de la guarda del menor, su crianza y su formación.

³ Vid. DE PALMA, Ángeles. *El Derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores*, Cuadernos de derecho local, Número 4. 2004. ISSN 1696-0955, pág. 104.

⁴ Así lo establecen los artículos 17 a 49 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes de la Generalidad de Cataluña.

⁵ Así lo establece el art. 154 del Código Civil.

2.2. El alcance de la protección pública sobre los menores.

Hoy en día es innegable que las personas menores de edad gozan de plena capacidad para ser titulares de derechos y deberes⁶. Sin embargo, no pueden ejercer por sí mismos y de forma plena esos derechos porque no ostentan plena capacidad de obrar, ya que se les atribuye la condición de personas en desarrollo, como veremos más adelante.

Sin embargo esta condición no resta eficacia a esos derechos, sino que implica que deberán hacerse efectivos a través de un tercero garante o protector del menor⁷, quien irá adquiriendo plena capacidad para ejercitarlos de manera progresiva a su desarrollo físico y psicológico.

Los menores de edad son por tanto titulares de derechos y deberes fundamentales reconocidos constitucional y legalmente, que en conjunto constituyen el denominado “estatuto jurídico indisponible de los menores”⁸, del que forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en desarrollo del ya citado artículo 39 de la Constitución.

El alcance de este estatuto y la protección que ofrece a los menores en el campo jurídico-público es muy amplio y general, ya que se extiende a todos los menores que se encuentren en territorio español, sin ningún tipo de discriminación, ni por razón de sexo, raza, religión, nacionalidad o nacimiento, ni ninguna circunstancia personal, social o familiar⁹.

De ello se deduce que los menores que residan de forma ilegal en España quedan también al amparo del sistema de protección ofrecido por nuestro ordenamiento, siendo indiferente que tengan residencia legal o no en el territorio del Estado¹⁰.

⁶ Así, conforme al art. 29 del Código civil: “el nacimiento determina la personalidad”.

⁷ Vid. DE PALMA, Ángeles, ob. cit., pág. 106.

⁸ Este término fue acuñado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/2000, de 29 de mayo.

⁹ Así lo establece el art. 3 en relación con el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor. También lo establece el art. 2.1. de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989.

¹⁰ EEUU presentó una enmienda al respecto por la cual los derechos de la Convención solo se aplicarían a los niños que vivieran de forma legal en el territorio de un Estado, pero esta fue rechazada. Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.^a Isabel, *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones*

Las Administraciones deben brindar un trato igualitario, un mismo nivel de asistencia y protección a todos los menores ya que todos ellos son titulares de derechos que conforman el estatuto indisponible del menor. En caso contrario se estaría produciendo una vulneración del derecho fundamental a la igualdad establecido en el art. 14 de nuestra Constitución.

3. Los derechos fundamentales de los menores.

3.1. El menor como sujeto de derechos fundamentales.

Para analizar a fondo el sistema jurídico de las personas menores de edad como sujetos de derechos fundamentales conviene tomar como punto de partida los conceptos clásicos de la Teoría General del Derecho sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera podría definirse en general como la aptitud o posibilidad de ser sujeto o titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda podría ser conceptuada como la capacidad para el ejercicio de los derechos¹¹.

Las teorías más apoyadas por los grandes constitucionalistas coinciden en señalar que la plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad¹², convirtiéndose así en un presupuesto o condición subjetiva impuesta sobre los menores de edad para el ejercicio de los derechos fundamentales. A esto deben exceptuarse los casos en que el ordenamiento jurídico concede el ejercicio de determinados derechos o la realización de determinados actos jurídicos con edades inferiores a los dieciocho años.

En esta línea, el menor como sujeto de derechos fundamentales origina una pluralidad de supuestos que deben ser analizados derecho por derecho¹³.

En todo caso, cabe aplicar ciertos criterios generales a fin de sistematizar la relación del menor de edad con los derechos fundamentales constitucionalmente amparados.

Unidas y en el Derecho constitucional español, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pág. 84, nota 16.

¹¹ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 1, vol. I, Madrid, 1987, pág. 161-162.

¹² Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, pág. 179.

¹³ Vid. EKKEHART STEIN, *Derecho Político*, Madrid, 1973, pág. 255; en este sentido también se pronuncia la STC 107/1984, de 23 de noviembre.

Así, de un lado, respecto a la defensa de sus derechos, el menor siempre va a necesitar de terceros que lo representen. De otro, el menor carece de la titularidad de algunos derechos (ej.: dcho. al voto, art. 23 CE). Por otra parte, los menores de edad son titulares, en cuanto que son personas, de los derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana (entre otros art. 15 y 18 CE). En este tipo de derechos, pierde sentido hablar de la capacidad de obrar, pues resulta muy complicado articular su ejercicio. Por eso se pasa de la titularidad directamente a su defensa en caso de que se produzca cualquier perturbación¹⁴.

Además, los derechos que suponen una proyección externa, básicamente libertades públicas, no necesitan de la mayoría legal pero sí, lógicamente, de una “capacidad natural” que sería, por tanto, condición para la adquisición de la capacidad jurídica¹⁵. El gran inconveniente es que nuestro Derecho Público ha desarrollado poco la idea de la adquisición gradual de la capacidad de los menores que, en general, sigue funcionando con el esquema dual mayor/menor de 18 años. Mucho más adelantado está en esta cuestión el Derecho Privado¹⁶.

Por último, a diferencia del Derecho Privado, en los derechos fundamentales no cabría en principio separar en distintas personas la titularidad y el ejercicio. No cabe ser titular de un derecho que no se puede ejercitar, ni ejercer por otra persona (ej. el derecho de reunión, expresión, asociación...) Otra cosa es que se tenga, como ocurre normalmente con los menores, limitado el ejercicio del derecho. En este caso los menores sí que son titulares del derecho, si bien su ejercicio se ve limitado¹⁷.

3.2. Regulación de los derechos fundamentales del menor.

Actualmente en España no existen referencias constitucionales expresas respecto a la aplicación de los derechos fundamentales a los menores. La CE se limita a

¹⁴ Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*. Tirant lo Blanch. 1989. ISBN 84-86558-46-8, pág. 141 y TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, 1992, pág. 347.

¹⁵ Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, ob. cit., pág. 140.

¹⁶ Vid. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional*, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, 1995, pág. 183.

¹⁷ Vid. PASCUAL MEDRANO, Amelia, Los derechos fundamentales y la ley de protección del menor, *Revista Jurídica de Navarra*, N° 22, 1996, ISSN 0213-5795, pág. 251.

constitucionalizar la mayoría de edad a los dieciocho años (art. 12)¹⁸ y emplea expresiones y terminología muy variada para mencionar a los sujetos de estos derechos: *todos, toda persona, los españoles, los ciudadanos*, etc.; además de atribuir derechos a categorías sociales concretas: *trabajadores, padres, profesores*, etc.

De dichas expresiones puede deducirse en ocasiones la voluntad de incluir a los menores («Todos» art. 15, «Toda persona», art. 17), sin que quepa apreciar, en otras, la intención expresa de excluirlo, pero sí cierta dificultad en su reconocimiento («Los ciudadanos», art. 23).

Esta interpretación resulta, en todo caso, claramente insuficiente por sí sola, y debe ser conectada con la naturaleza de cada derecho y con su compatibilidad con la persona individualizada del menor¹⁹.

Conviene aclarar que la Constitución también hace alusión al Derecho internacional en su art. 39.4.: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» No obstante, esto no significa que los menores gocen automáticamente de todos los derechos que les otorgue el ordenamiento internacional, y que debe recordarse que estos pueden encontrarse en acuerdos y tratados no ratificados por España.

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto estableciendo que los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables²⁰. El valor que tiene el pronunciamiento constitucional al respecto reside en que el ordenamiento internacional referido al menor debe tomarse como guía para la actuación legislativa nacional.

Los acuerdos internacionales ratificados por España relativos a la protección de los niños tienen más importancia porque se integran y forman parte del Derecho interno y porque sirven de referencia como criterios de interpretación de los derechos fundamentales y libertades recogidos en la Constitución. Es por ello que la ausencia de

¹⁸ Esto constituye una novedad en nuestro Derecho y en el Derecho constitucional extranjero, y supone una unificación de todos los órdenes a este respecto.

¹⁹ Vid. PASCUAL MEDRANO, Amelia, ob. cit., pág. 251.

²⁰ STC 36/1991, de 14 de febrero.

referencias constitucionales expresas a los derechos fundamentales del menor quedan colmadas con los tratados y acuerdos ratificados por España sobre la materia²¹. En este sentido cabe destacar la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño²².

3.3. Derechos reconocidos por ley.

Como ya se ha tratado, la Constitución de 1978 no configura un régimen claro de reconocimiento y ejercicio de derechos fundamentales por los menores de edad. Por este motivo nuestro legislador decidió, a principios del año 1996, desarrollar determinados derechos fundamentales atribuyéndolos expresamente al menor a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Además de esto, esta ley regula importantes previsiones referidas al derecho privado (acogimiento, adopción, tutela, intervención del Ministerio Fiscal...).

El catálogo de derechos reconocidos por esta Ley no es una lista exhaustiva de los derechos fundamentales de los menores, sino más bien una recopilación de aquéllos en los que la minoría de edad puede provocar más matices en orden a su ejercicio, dando por supuestos algunos otros: vida, integridad, seguridad... que vienen establecidos por la Constitución y por la Convención sobre Derechos del Niño²³.

1. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Recogidos en el art. 4, el honor, la intimidad y la propia imagen se constituyen como derechos básicos para garantizar la dignidad humana. Corresponden a la persona por el mero hecho de serlo y, en términos estrictos, no implican ejercicio, y no requieren por tanto capacidad de obrar. Su contenido se basa en un deber general de abstención o respeto, que transforma la titularidad del derecho en propiamente su defensa, en la cual el menor debe estar representado.

Faculta este precepto al Ministerio Fiscal para que intervenga de oficio en caso de intromisión ilegítima en la intimidad del menor, en su honra o su reputación, o en caso

²¹ Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio, ob. cit., pág. 576 y RAMOS CHAPARRO, Enrique, ob. cit., págs. 197 y 198.

²² Fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

²³ Vid. PASCUAL MEDRANO, Amelia, ob. cit., pág. 254.

de que esa intromisión sea contraria a sus intereses (art. 4.2.) incluso si consta el consentimiento del propio menor o de sus representantes legales (art. 4.3.).

2. Libertad de expresión e información

Los derechos de libertad de expresión e información se recogen en los arts. 5 y 8 respectivamente. Los padres y representantes legales deben, en nombre del menor, recabar su tutela en caso de violación.

Se establece en el art. 5.1, una cuestión compleja que no será analizada aquí por su amplio contenido, y es el derecho que tienen los menores a buscar, recibir y utilizar la información “adecuada a su desarrollo”.

3. La libertad ideológica

El art. 6 reconoce al menor el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. Pero hay que tener en cuenta que el menor está en proceso de formación y por ende en desarrollo de su propia identidad ideológica. Padres o tutores tienen aquí el deber de cooperar para que el ejercicio de esta libertad contribuya a su desarrollo integral, como dice el apartado tercero, y lo que es más importante, tienen obligación de cooperar en la propia formación y desarrollo de la conciencia ideológica y religiosa del menor, siempre eso sí, dentro del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

De esta forma la vulneración que aquí cabe vendría dada por los propios padres o tutores, en la medida en que influyan de manera negativa sobre esa libertad del menor, adoctrinándole por ejemplo en ideologías extremas, de tintes sectarios o contrarios a la dignidad humana²⁴.

4. Derechos de participación, asociación y reunión

El art. 7 nos sitúa ante los típicos derechos de ejercicio que implican necesariamente una proyección externa del sujeto y que quedan relegados por la incompleta capacidad de obrar que ostenta el menor.

²⁴ Vid. PASCUAL MEDRANO, Amelia, ob. cit., pág. 257.

Se trata de derechos muy condicionados por la decisión e implicación paterna, ya que de los padres o tutores depende, en último término, que el menor los ejercite²⁵.

Podemos analizarlo desde un punto de vista negativo en cuanto que son los padres los que prohíben o no al menor ir, por ejemplo, a una manifestación, o dan su consentimiento a la inscripción en una asociación; y, desde un punto de vista positivo, porque el menor va a requerir en muchas ocasiones una ayuda activa de los padres para ejercer estos derechos²⁶.

Así, su eficacia queda limitada esencialmente a los casos en que la vulneración provenga de los poderes públicos, en cuyo caso, los representantes del menor, y el propio Ministerio Fiscal, pueden y deben velar por la defensa de sus derechos poniendo en marcha los procedimientos tradicionales de protección y garantía de los derechos fundamentales.

5. Derecho a ser oído y escuchado

El derecho del menor a ser oído en todos los procedimientos administrativos y judiciales que conduzcan a una decisión que les afecte, se recoge en el art. 9, como prolongación sobre los menores de edad, de la tutela judicial efectiva que establece la Constitución (art. 24), y en aplicación a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12.

Este derecho era ya tradicional en algunos supuestos concretos previstos por el ordenamiento cuando el menor estuviera dotado de la suficiente madurez, pero con la Ley 1/1996 se convierte en un derecho general para cualquier procedimiento que le afecte²⁷.

²⁵ En la exposición de motivos de la mencionada Ley Orgánica 1/1996 se establece el requisito del permiso de los padres o tutores respecto al derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas.

²⁶ Vid. PASCUAL MEDRANO, Amelia, ob. cit., pág. 256.

²⁷ La exposición de motivos declara una nueva concepción del menor, como sujeto activo y con capacidad progresiva para ejercer derechos.

No establece límite alguno para el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado, pero sí la consiguiente obligación de las Administraciones Públicas de darle audiencia en los procedimientos tramitados cuyo fin sea adoptar una decisión que le afecte²⁸.

Teniendo en cuenta sus particulares características, los menores deberán ser especialmente informados y asesorados acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan y de los derechos que les asisten. Por ello, es deber de las Administraciones Públicas informarles acerca de su concreta situación y escuchar su opinión antes de adoptar una decisión. Es conveniente aclarar que no basta con limitarse a oír al menor, es necesario escucharle, lo que requiere intercambiar impresiones y argumentos, y debatir con él.

La falta de audiencia a los menores comportaría la nulidad de las actuaciones²⁹.

3.4. Tutela de los derechos fundamentales.

De todo lo analizado deriva la conclusión de que en el ámbito familiar, los derechos fundamentales de los menores deben ponerse inmediatamente en contacto con la patria potestad y con los derechos y deberes que tienen los padres o tutores en orden a la educación de los hijos. Es, pues, muy difícil su tutela puntual.

Sin embargo, la violación por los padres de los derechos fundamentales expuestos será una justificación más a la hora de fundamentar la declaración de desamparo del menor prevista en el art. 172 del CC, que se analizará más adelante.

Fuera de este ámbito, la lesión por los poderes públicos de los derechos del menor debe motivar la acción inmediata de padres, entidades públicas y Ministerio Fiscal, a través de las vías tradicionales de protección de los derechos fundamentales³⁰.

²⁸ Ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002. Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996.

²⁹ Ver la STC 143/1990, de 26 de septiembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002.

³⁰ Vid. PASCUAL MEDRANO, Amelia, ob. cit., pág. 264.

4. El “interés superior” del menor.

4.1. El reconocimiento normativo de un principio *favor minoris*.

El interés superior del menor es el principio básico y fundamental en el que debe basarse toda la materia relativa a los menores de edad. Se constituye en una triple vertiente: como un verdadero derecho sustantivo, un criterio interpretativo ante conflictos entre intereses y una norma procedimental en materia de menores³¹.

Para desarrollar la complejidad conceptual de tal término, es necesario contextualizarlo destacando dos características jurídicas especiales y generales que poseen los menores de edad.

Por un lado, los menores se encuentran en una situación de dependencia derivada de su falta de capacidad y autonomía. Dicha circunstancia, como ya hemos visto, es temporal, pues la irán adquiriendo de forma gradual con el transcurso del tiempo y conforme avance su desarrollo físico y psicológico.

Por otro lado, el ámbito en que se desarrolla la vida del menor es un ámbito esencialmente privado, íntimo y familiar, siendo los padres los primeros garantes de la protección, cuidado y bienestar de sus hijos. Esto supone un obstáculo para la actuación pública y hace que su intervención resulte más complicada.

Considerando al menor como un sujeto pleno de derechos, que la actuación de los adultos o los poderes públicos en las distintas facetas de su vida procure su bien o interés superior, está directamente relacionado con una eficaz garantía de sus derechos. En el contexto de los derechos humanos, por tanto, el interés del menor se configura como un elemento fundamental.

Habida cuenta de estas especiales circunstancias, el principio de interés superior del menor o *favor minoris* debe aplicarse como un criterio de ponderación muy amplio y

³¹ Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a Olga, Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Nº. 10, 2017, ISSN 1888-3214, págs. 43 a 73.

como un principio inspirador de todas las actuaciones que tengan relación con un menor, ya sea en el ámbito administrativo como en el judicial³².

Varios son los reconocimientos o plasmaciones normativas de este principio.

En el plano internacional, la Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989, es el principal instrumento reconocedor del niño como sujeto titular de derechos especiales, y, como tal, reconoce la necesidad que ostentan de una especial protección.

Establece en su art. 3.1.: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración especial a que se atenderá será el interés superior del niño” Principio que reitera en su art. 9.1, al establecer que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria por el interés superior del menor.

Con relación a la adopción, también hace alusión al término objeto de estudio, en su art. 21, señalando: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

En el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión³³, establece en su art. 24: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el superior interés del menor constituirá una consideración primordial”.

A su vez, la Carta Europea de los Derechos del Niño³⁴ dispone en su art. 8.14: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño deberá tener por objeto prioritario la defensa de salvaguarda de sus intereses”.

Respecto a lo que concierne a nuestro sistema jurídico en el plano nacional, el Código Civil, con relación a la guarda y acogimiento de menores (arts. 172 a 174), señala que se

³² Vid. BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, Nº. 3, 2012. ISSN-e 2174-7210, pág. 50.

³³ Aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000.

³⁴ Aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de Julio de 1992.

buscará siempre el interés del menor (art. 172. 4.) y hace alusión al mismo en diversos preceptos (arts. 173. 3 y 4, y 173 bis).

También la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 1826 menciona como principio finalista el interés superior del menor cuando señala: “El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor”

La vigente Ley Orgánica 1/1996 establece en su art. 2 que en su aplicación “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Configura este precepto como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos y una norma a seguir para la resolución de los conflictos que pudieran plantearse cuando concurre el interés superior del menor por un lado con otros intereses igualmente legítimos por otro (art. 11.2)³⁵.

En cuanto a legislación autonómica, el Decreto 130/2003, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Territorial de Protección Civil de Castilla y León (PLANCAL), establece que el interés del menor se tendrá siempre en cuenta en la determinación del régimen de sus relaciones con la familia (art. 24).

Cabe por último hacer mención a la doctrina jurisprudencial mantenida por varios Tribunales y en especial por el Tribunal Supremo declarando que el principio del interés superior del menor supone una interpretación de las normas jurídicas en línea a favorecer siempre al menor de edad³⁶.

4.2. Dificultad de concreción en cuanto concepto jurídico indeterminado.

A pesar de las reiteradas referencias que hacen diferentes normativas respecto al interés superior del menor, lo cierto es que en ninguna de ellas aparece recogida una definición exacta del mismo, lo que supone que se haya venido calificando como un concepto

³⁵ Vid. VARGAS CABRERA, Bartolomé, *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor*” en La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor: jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, Árbol académico, 1997, ISBN 84-89694-92-3, pág. 15.

³⁶ Ver la STS de 20 de abril de 1987; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002; Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996.

“esencialmente controvertido”³⁷ cuya concreción resulta compleja por la dificultad que supone la determinación exacta de sus posibles aplicaciones a los casos concretos.

Esto ha planteado problemas doctrinales importantes por los trascendentes intereses que se encuentran en juego y, sobre todo, por el frágil colectivo sobre el que se proyecta su eficacia y las medidas que condicionan el desarrollo de la personalidad³⁸.

Ahora bien, el hecho de que un concepto pueda generar controversia, o el hecho de que no exista un criterio unánime sobre el mismo, no implica que no puedan determinarse criterios objetivos para concretarlo ni, mucho menos, que pueda convertirse en un concepto prescindible. Justamente es esa incertidumbre de la que están dotados todos los conceptos jurídicos indeterminados la que provoca una alta adaptabilidad a las diferentes y complejas realidades sociales a las que se aplica el Derecho. Por eso, el criterio analizado del interés superior del menor debe ser precisado en el momento de su aplicación por las autoridades públicas³⁹, atendiendo a las circunstancias presentes en cada caso particular para precisar cuál es el mejor interés para el menor⁴⁰.

Además, los conceptos jurídicos indeterminados, también denominados “normas flexibles”, siempre ofrecen ciertas ventajas e inconvenientes.

En lo que respecta al aspecto positivo o las ventajas, se debe resaltar el hecho de que ofrecen la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, como ya hemos visto que debe hacerse. Esto no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados, sino que le sitúa en un campo de

³⁷ Dicha calificación proviene de nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto.

³⁸ Vid. BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, ob. cit., pág. 51.

³⁹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Vol. 3, 2000, ISBN 84-8240-432-6, págs. 54 y 57.

⁴⁰ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, La custodia compartida como alternativa legal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 83, N° 700, 2007. ISSN 0210-0444; MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010; MORO BONILLO, Esther, *La voluntad del menor en el cambio de custodia*, *Revista de derecho de familia*, núm. 57, 2012; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014.

acción flexible para valorar, de acuerdo a las circunstancias, la concreción del interés que más procede, en función de las características intrínsecas de cada caso concreto⁴¹.

El aspecto negativo consiste en la sujeción de la determinación de dicho principio al criterio personal del intérprete, lo que puede derivar en una solución muy subjetiva, personal, que pudiera derivar, incluso, en situaciones arbitrarias, y tal extremo puede traducirse en la existencia de cierta inseguridad jurídica al respecto⁴².

Procede analizar la estructura general que presentan los conceptos jurídicos indeterminados, para tratar de precisar mejor el contenido y alcance de la aplicación práctica del que nos ocupa.

Todo concepto jurídico indeterminado consta de un núcleo fijo o una zona de certeza positiva, es decir, aquella en la que se encuentran las nociones seguras e indiscutidas del concepto. En este caso la zona de certeza es la concurrencia de ciertas circunstancias que con certeza respetan el interés superior del menor. Estas circunstancias no serán otras que la garantía de protección hacia sus derechos fundamentales y los bienes y valores que dichos derechos encarnan, tales como el desarrollo libre, integral y armónico de la personalidad del menor y el pleno goce de los derechos que nuestro ordenamiento le atribuye⁴³.

La zona negativa de todo concepto jurídico indeterminado vendrá dada por todas aquellas circunstancias que deberán excluirse del mismo, y en nuestro caso serán aquellas que suponen una lesión o menoscabo hacia esos derechos fundamentales, aquellas en las que desaparece todo tipo de interés para el menor. A tal fin ya han sido expresamente recogidas por el legislador y reflejadas en el ordenamiento bajo las figuras de riesgo, desamparo y conflicto social, que más adelante serán analizadas.

⁴¹ Vid. MARTÍNEZ AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*.

⁴² Vid. HOWARD, William, *El interés del niño y adolescente en las crisis familiares, Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, 2008, pág. 27; TAMAYO HAYA, Silvia, El interés del menor como criterio de atribución de la custodia, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008, pág. 54; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares, Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pág. 800; y DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2013, pág. 53.

⁴³ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002, (2002/1156).

Resta por examinar la zona intermedia o de incertidumbre, aquella en la que será el aplicador de la norma el que deberá buscar para cada caso concreto la decisión más adecuada. En nuestro caso, esta labor deberá realizarla la persona a la que el ordenamiento encomiende actuar en interés del menor y, por supuesto, dicha decisión final quedará sometida a un posterior control judicial⁴⁴.

Por tanto cuando se trate de adoptar una decisión relativa a los menores será necesario buscar el interés del concreto menor en sus concretas circunstancias. Y no solo deberá determinarse el interés presente sino también el futuro, de forma que el desarrollo del menor también quede debidamente garantizado con dicha decisión⁴⁵. Desde esta perspectiva, el concepto jurídico indeterminado solamente admitiría una solución jurídica para el caso concreto⁴⁶.

Añadido a todo ello, el legislador establece que en la toma de decisiones relativas a un menor, éste deberá participar expresando sus decisiones y anhelos, lo que constituye un derecho fundamental a ser oído y escuchado, ya analizado (art. 9 de la Ley 1/1996)

Esto, claro está, no equivale al traslado de la decisión al menor, pues no es necesario que ésta deba forzosamente coincidir con los deseos por él expresados⁴⁷. El valor que deba darse a esa opinión, anhelo o deseos del menor responderá a su grado de discernimiento y madurez, siendo recomendable la intervención y colaboración de especialistas que puedan ayudar en su determinación.

4.3. Criterios interpretativos para la concreción del interés del menor en cada circunstancia.

El Tribunal Supremo ha ido introduciendo diversos criterios, relativos también a la determinación del régimen de guarda y custodia a este respecto⁴⁸. En concreto, y a modo ejemplificativo, ha propuesto los siguientes:

⁴⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, ob. cit., pág. 108 y ss.

⁴⁵ Entre otras, ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002, (2002/1156).

⁴⁶ Vid. BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, ob. cit., pág. 53.

⁴⁷ Ver el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 15 de octubre de 2001 (2001/2216).

⁴⁸ Ver las Sentencias de 8 de octubre de 2009, de 10 de marzo de 2010, de 11 de marzo de 2010, de 1 de octubre de 2010, de 10 de enero de 2011, de 7 de julio de 2011, de 22 de julio de 2011, de 29 de abril de 2013 y de 16 de febrero de 2015 -entre otras-.

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales,
- Los deseos manifestados por los menores competentes,
- El número de hijos,
- El cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con los hijos,
- El respeto mutuo en sus relaciones personales,
- El resultado de los informes exigidos legalmente.

También la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, marca una serie de criterios para determinar cuál es el interés superior del menor en cada supuesto. Entre ellos:

- 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,
- 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,
- 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. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia,
- 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.

Además, en el tercer párrafo del artículo 2 introduce una serie de elementos generales a tener en cuenta en la interpretación de los mencionados criterios:

- La edad y madurez del menor,

- 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,

- El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo,

- 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,

- La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales⁴⁹.

En realidad se trata de criterios muy generales y relacionados con los derechos básicos de los menores, que en mi opinión serían de más utilidad si fueran más precisos.

Algunos incluso aparecen por duplicado en las citadas listas, como la referencia al principio de igualdad y no discriminación, o el libre desarrollo de la personalidad.

Cabe mencionar en este punto y como prioritarios, no solo en cuanto a al interés superior, sino respecto a toda la materia relacionada con los menores, otros dos principios más específicos que los mencionados anteriormente y que constituyen la base de actuación de las Administraciones Públicas en este ámbito: la preferencia del

⁴⁹ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, pág. 204.

acogimiento familiar frente al acogimiento residencial y el objetivo de retorno del menor con su propia familia. Dichos criterios solo son citados aquí, puesto que serán objeto de desarrollo más adelante en este trabajo.

En suma, a la luz de cuanto antecede, sin duda el interés superior del menor constituye el criterio básico y principal que debe guiar la actuación de los Tribunales, las Administraciones y en general todos los servicios públicos a la hora de valorar y adoptar una situación que involucre a un menor de edad.

El hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado plantea dudas sobre sus criterios de aplicación y suscita cierta inseguridad jurídica, aunque ésta se haya visto recientemente reducida, en gran medida, o, cuando menos, debidamente canalizada gracias a la reforma de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha establecido una lista enumerativa de dichos criterios, aún muy general y necesitada de las valoraciones y adaptaciones lógicas de cada Tribunal al caso concreto.

Bloque II: “Reparto competencial y colaboración entre Administraciones”

1. Traspaso y distribución de competencias.

La regulación jurídica de las Comunidades Autónomas es una de las previsiones más importantes de la Constitución Española de 1978, recogida en su artículo segundo, donde reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones basándose en la premisa de la unidad indisoluble de la nación española.

El sistema de reparto de competencias que articula la Carta Magna es el denominado sistema de “doble lista” o sistema germánico, ya que las competencias se distribuyen en dos bloques o listas, una con las competencias exclusivas del Estado, y otra con aquéllas que podrán corresponder a los entes descentralizados⁵⁰.

⁵⁰ A diferencia de esta tipología, cabría hacer mención a otros sistemas donde, por un lado, se enumeran las competencias exclusivas del Estado, correspondiendo las demás a los entes (Estados Unidos, sistema federal clásico), y el sistema inverso que detalla las competencias de los entes atribuyéndose las restantes al Estado (Ej. Canadá).

Sin embargo, una lectura atenta de los preceptos, en combinación con otros artículos como el 150 de la Constitución, nos permiten observar, en realidad, cuatro grandes grupos de competencias: exclusivas del Estado, exclusivas de las Comunidades Autónomas, concurrentes y compartidas.

Son competencias exclusivas aquellas que facultan para ejercer todo tipo de funciones, tanto normativas como ejecutivas, sobre una determinada materia. Las del Estado se recogen en el art. 149.1. de la Constitución, y como delimitación negativa, las exclusivas de las Comunidades Autónomas serán aquellas que no estén enumeradas en dicho precepto.

Son competencias concurrentes aquellas en las que dos entes tienen la posibilidad de concurrir con idénticas facultades a la regulación de una materia. Es decir, aquellas competencias en las que se produce una escisión de la función normativa entre las bases o legislación básica, correspondiente al Estado, y el desarrollo normativo de dichas bases, que junto con la función ejecutiva y administrativa, corresponde a las Comunidades Autónomas.

En el sistema español este tipo de competencias afectan a muchos ámbitos (educación, sanidad, medio ambiente, régimen jurídico de las Administraciones Públicas...) con lo que se pretende cierta homogeneización, que no uniformismo, entre los entes territoriales del Estado para asegurar una política común⁵¹.

Finalmente, son competencias compartidas, o también denominadas ejecutivas, aquellas en las que determinadas facultades corresponden a un ente y las restantes corresponden a otro. Es decir, aquellas en que se separan ambas funciones: el Estado se encarga de la legislación, reglamentación y normativa general sobre una materia, mientras las Comunidades Autónomas se limitan a todo aquello relativo a la ejecución de la misma⁵². Estas competencias rigen en grandes campos del Derecho como Penal, Procesal, Mercantil o Laboral.

La competencia que aquí nos importa, aquella que faculta a las Comunidades para otorgar protección a los menores de edad, la competencia en materia de asistencia

⁵¹ Vid. CASTELLÁ ANDREU, Josep, *Derecho Constitucional básico*, Barcelona: Huygens, 3ª ed., ISBN 978-84-15663-63-8. pág. 378.

⁵² Ver la STC 33/1981, de 5 de noviembre y STC 4/1982, de 8 de febrero.

social, queda recogida en el art. 148.1.20º CE como una de las competencias que podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas.

Es por ello que Castilla y León asumió esta tarea mediante el Real Decreto 1112/1984, de 29 de Febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de Castilla y León en materia de Protección de Menores, dado que en los arts. 26, 1, 18 del Estatuto de Autonomía⁵³ se establecía la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de asistencia social y servicios sociales⁵⁴.

Por tanto la Comunidad Autónoma de Castilla y León tiene competencia en esta materia para ejercer todo tipo de funciones, tanto funciones normativas como funciones ejecutivas. No obstante, el Estado podrá intervenir en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, mediante medidas de fomento, pero respetando siempre las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

Es decir, la existencia de problemas sociales cuya solución trascienda el ámbito autonómico permitiría al Estado intervenir, pero respetando, en lo posible, las competencias de las Comunidades Autónomas afectadas, cuya participación, además, convendría tener en cuenta para precisar los términos en que ha de realizarse tal intervención, aunque ello no pueda exigirse, sin embargo, en todos los casos. Actualmente existen instrumentos adecuados para conseguir una actividad cooperativa en este sentido⁵⁵.

Dicha competencia exclusiva queda reflejada en el art. 70.1.10º de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, que reforma el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y que establece que a dicha Comunidad Autónoma le pertenecen las competencias en asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario; promoción y atención de las familias, la infancia, la juventud y los mayores; prevención, atención e inserción

⁵³ Aprobado por la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero.

⁵⁴ Sobre Acción Social y Servicios Sociales se aprueba en Castilla y León la Ley 18/1988 de 28 de diciembre y su desarrollo mediante el Decreto 13/1990 de 25 de enero sobre el Sistema de Acción Social de Castilla y León.

⁵⁵ Así lo establece el Dictamen 947/2006, de 26 de octubre, sobre Competencias del Estado y de la Comunidad de Castilla y León en relación con el otorgamiento de subvenciones en materia de asistencia social, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

social de los colectivos afectados por la discapacidad, la dependencia o la exclusión social; protección y tutela de menores.

2. Instituciones competentes en Castilla y León.

Las instituciones competentes en materia de protección de menores en Castilla y León se organizan jerárquicamente, de forma que el órgano superior es el responsable máximo y los órganos inferiores dependen siempre de éste.

2.1. Consejería de Familia e Igualdad de oportunidades

Como noción básica de la que partir, cabe decir que las Consejerías son los departamentos en los que se organizan los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, y por tanto no son las mismas ni reciben el mismo nombre en todas las Comunidades. Son equivalentes a los Ministerios en el reparto por funciones de los órganos de Gobierno estatales y su responsable y dirigente máximo es el Consejero. Su función principal consiste en llevar a cabo el desarrollo de uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de una actividad administrativa.

En Castilla y León la Consejería competente en la protección de los menores de edad recibe el nombre de Consejería de Familia e Igualdad de oportunidades, y además de esta materia, también se encarga de otras como drogodependencia, juventud o igualdad de género. Las unidades administrativas que la integran y sus respectivas atribuciones se regulan en la Orden FAM/1000/2016, de 24 de noviembre, por la que se desarrolla la Estructura Orgánica de los Servicios Centrales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, que comprende: una Secretaría General, la Gerencia de Servicios Sociales, la Dirección General de Familia y Políticas Sociales, la Dirección General de la Mujer, el Comisionado Regional para la Droga y el Instituto de la Juventud.

2.2. Gerencia de Servicios Sociales

La Ley 2/1995, de 6 de abril, crea la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, Organismo Autónomo vinculado a la Administración General del Estado de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia, autonomía de gestión y plena capacidad de obrar para la ejecución de las competencias atribuidas. Las gerencias dependen de un Ministerio, que se encargará de su dirección estratégica, así como de la

evaluación y el control de los resultados de su actividad. La Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León depende del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Como un servicio específico dependiente de la Gerencia de Servicios Sociales, cabe hacer mención a La Red Centinela del Sistema de Protección a la Infancia de Castilla y León⁵⁶.

Se trata de un sistema especializado con funciones relativas a información, investigación, vigilancia y propuesta, en relación con la fenomenología de las situaciones de desprotección que afectan a los menores de edad, los problemas de todo orden asociados con su génesis y la actividad de prevención e intervención que ha de ser desplegada para su atención desde el sistema de protección a la infancia en particular, y desde los demás sistemas y servicios considerados por la legislación vigente como corresponsables en esta materia.

La Red Centinela se estructura a través de equipos provinciales de composición mixta, interadministrativa e interdepartamental y multidisciplinar, configurados como grupos de trabajo para la coordinación y puesta en común en relación con el desarrollo de las actividades de vigilancia, estudio e investigación, control técnico y propuesta que se les encomiende.

Las actividades de los equipos de la Red Centinela serán determinadas y configuradas como proyectos de trabajo mediante programación bianual aprobada por la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León a partir de las propuestas elaboradas por el Servicio competente de dicho organismo, por las respectivas Gerencias Territoriales de Servicios Sociales o por las demás instancias participantes.

Asimismo, los equipos podrán proponer la realización de otras actividades, como desarrollo, concreción o complemento de las actividades generales o principales marcadas en la programación ya aprobada y en curso, así como someter a consideración

⁵⁶ La Red Centinela fue creada por Resolución de 1 de marzo de 2011, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se crea la Red Centinela del Sistema de Protección a la Infancia de Castilla y León y se establecen y regulan las estructuras que la integran.

de la Gerencia de Servicios Sociales la inclusión de nuevos contenidos en las programaciones sucesivas⁵⁷.

La Red Centinela está formada por profesionales (denominados centinelas) de diversos ámbitos relacionados con los menores, tales como la salud, la educación y los servicios sociales. Su misión es detectar desde su ámbito profesional posibles situaciones de riesgo o desamparo en menores y derivarlos a los servicios sociales competentes para su correcta atención. Dichos profesionales centinelas se integrarán en equipos provinciales. Cada provincia contará, al menos, con un equipo compuesto por los siguientes profesionales:

1. El Jefe de Sección de Protección a la Infancia de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, que realizará las funciones de coordinador del equipo.
2. Un profesional de la Gerencia Territorial encargado de los temas de inclusión social de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales.
3. Un profesional de cada una de las Entidades Locales que, en la respectiva provincia, tienen competencia en materia de servicios sociales.
4. Un profesional sanitario de los servicios de salud responsable de la coordinación socio-sanitaria.
5. Un profesional del ámbito educativo formal no universitario y de los servicios complementarios de apoyo educativo⁵⁸.

2.3. Centros de Acción Social

La colaboración entre las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en el acceso a los servicios sociales se realiza a través de los Centros de Acción Social, los denominados CEAS.

⁵⁷ Esto lo recoge la página web de la Junta de Castilla y León, en el apartado “Servicios Sociales”, “Protección a la infancia y adopción”, “Red Centinela”.

(

⁵⁸ Vid. RODRÍGUEZ HOYOS, Pablo, Red Centinela del sistema de protección a la infancia, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, N.º. 29, 2014, ISSN 2647-5375, págs. 26-28.

Los CEAS son equipamientos de carácter comunitario, dotados de equipos técnicos y de medios para facilitar el acceso de la población a los Servicios Sociales, desde los que se prestan los Servicios Sociales Básicos y que actúan como puerta de entrada al Sistema de Acción Social.

Persiguen facilitar el acceso a los servicios sociales a todos los ciudadanos sin distinción, y ofrecen servicios tales como: información, orientación y asesoramiento; apoyo a la convivencia y ayuda a domicilio; animación y desarrollo comunitario.

A través de estos servicios se facilita de forma profesional y confidencial información, tanto sobre los servicios sociales y recursos a disposición de los ciudadanos, como sobre los derechos que les asisten, no sólo a nivel individual sino también cuando participan en grupos, asociaciones u otras organizaciones del tejido social⁵⁹.

2.4. Equipos de Intervención Familiar

Otro instrumento esencial dentro de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma son los Equipos de Intervención Familiar, que desarrollan acciones de contenido técnico y económico dirigidas a asegurar la adecuada atención de las necesidades básicas del menor en situación de riesgo y a procurar su bienestar y desarrollo en la familia de origen, promoviendo en ésta las mejoras que eviten la separación o faciliten el retorno, principios rectores y básicos en esta materia, ya visto *supra*.

Se trata de actuaciones con carácter preventivo en familias que presentan disfunciones en los hábitos y estilos educativos de la atención a menores.

Realizan su cometido a través de los denominados Programas de Intervención Familiar, mediante los cuales realizan intervenciones con las familias y los menores en las que se trabajan diferentes aspectos: relaciones familiares, reorganización de las normas, hábitos y dinámica familiar, relaciones de pareja, higiene personal y doméstica, salud, dietética y nutrición, economía doméstica, integración escolar, laboral y social,

⁵⁹ La página web de la Diputación de León ofrece una relación con todos los CEAS que existen en la provincia, e información sobre sus direcciones, teléfonos, correos electrónicos y ámbitos territoriales en los que actúan.

(<http://www.dipuleon.es/frontdipuleon/frontDipuleonAction.do?action=viewCategory&categoryName=Telefonos+CEAS&id=1743481>)

participación en la comunidad, hábitos de ocio y tiempo libre, o mejora de la autoestima.

Estos equipos están formados por seis grupos multidisciplinares de protección a la infancia compuestos por psicólogos y educadores familiares que llevan a cabo programas específicos de intervención familiar a fin de capacitar a la familia para dar una correcta atención a sus hijos en las diferentes zonas de Acción Social de la provincia de León.

Las formas de acceso a los mismos son los propios Centros de Acción Social (CEAS) del municipio o ámbito municipal. Desde estos Centros de Acción Social, una vez valorada la situación, se facilitará una entrevista con un equipo del Programa de Apoyo a Familias.

También se puede obtener información en el Servicio de Derechos Sociales en la sección de Familia e Infancia⁶⁰.

3. Principios de cooperación, colaboración, participación y coordinación institucional e interadministrativa.

En la mayoría de situaciones de riesgo y desamparo de un menor de edad, es la propia legislación autonómica la que distribuye las competencias entre la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales, y es que debe tenerse en cuenta que, como ya hemos visto, la protección de los menores se arbitra a través del sistema público de servicios sociales⁶¹.

De esta forma, aunque la regulación no es idéntica en cada una de las Comunidades Autónomas, sí que les corresponde a ellas de forma genérica la promoción,

⁶⁰ Todo ello se recoge en la página web de la Diputación de León, dentro del apartado “Ciudadanos”, “Derechos Sociales”, “Familia e Infancia”, “Programa de Apoyo a la Familia”. (<http://www.dipuleon.es/frontdipuleon/frontDipuleonAction.do?action=viewCategory&categoryName=Programa+de+Apoyo+a+la+Familia&id=1743902>)

⁶¹ La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, atribuye a los municipios competencia en materia de prestación de servicios sociales en su art. 25.2.k) y 26.1.c). Por tanto, los municipios podrán crear servicios y realizar actividades dirigidas a garantizar el apoyo a las familias y la protección de los menores. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores*, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor*. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, Universidad de La Coruña, 1999, pág. 33.

planificación, programación, supervisión y coordinación de las actuaciones en el ámbito de los menores en situaciones de peligro.

La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, regula en diferentes preceptos estos principios que deben regir las actuaciones administrativas en materia de protección al menor.

De un lado, en su art. 11.3. establece que los poderes públicos deberán desarrollar procedimientos adecuados que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.

El art. 17.3. establece que ante situaciones de riesgo de un menor de edad, la intervención corresponde a la Administración Pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras.

Respecto a la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, el Título VI aborda expresamente las cuestiones relativas a la cooperación y colaboración administrativa, a la participación social y a la coordinación de actuaciones.

El principio de corresponsabilidad administrativa se formula en nuestra Comunidad con meridiana claridad. Únicamente desde la cooperación coordinada de las Administraciones es posible asegurar una respuesta efectiva y adecuada para las diversas actuaciones que la Ley contempla dentro del ámbito general de la atención y protección a la infancia en Castilla y León.

La colaboración en el ejercicio de las competencias que corresponden a las diferentes Administraciones ha de producirse tanto con en el ámbito de la promoción y garantía de los derechos reconocidos a los menores y a las acciones de carácter preventivo, como en las particulares actuaciones para la atención, protección e integración de los menores en situaciones de riesgo, desamparo, inadaptación o desajuste social.

Este deber de cooperación conlleva la obligación de un correspondiente auxilio mutuo y una disponibilidad de la información para el intercambio. Destaca la importancia del

convenio administrativo como instrumento para su activación y se prevé, en su caso, el necesario traspaso de recursos.

Paralelamente, la Ley contempla el principio de colaboración. Se manifiesta en la ejecución de estas actividades y en la consecución de los correspondientes objetivos que puedan lograr las entidades, tanto públicas como privadas, exigiéndose en este caso la oportuna habilitación.

La importancia que se reconoce a la iniciativa social hace que las funciones que las Entidades pueden llevar a cabo sean también numerosas y se enmarquen en todas las grandes áreas de acción que comprende la Ley, dejando su concreción a lo que en cada caso se establezca en los oportunos acuerdos que con ellas suscriban las Administraciones públicas.

Por último se afirma la necesidad de promover la participación social conjunta, particularmente la de los propios menores y sus familias, la de las entidades dedicadas a la actividad en este sector y el voluntariado, y también la de los ciudadanos en general.

La coordinación de todas estas intervenciones confluyentes ha de encontrar en la planificación regional su primera y más adecuada expresión y, por este motivo precisamente, está previsto que la misma determine los fines y objetivos a perseguir, la definición y priorización de todas las actuaciones, los mecanismos concretos para asegurarla y los criterios para abordar la evaluación de lo actuado determinando el grado de eficacia conseguido.

Finalmente, tanto la coordinación interadministrativa como la participación social son también articulados por los Consejos de Protección a la Infancia, de ámbito regional y provincial, que la propia Ley crea y que, asumiendo funciones de informe, asesoramiento y propuesta, han de contribuir a impulsar el bienestar y la calidad de vida de los menores de edad de Castilla y León, a fomentar la sensibilización y la solidaridad social de cara a las actuaciones a ellos dirigidas en el marco de esta norma, a mejorar la

calidad y eficacia de las mismas, y a canalizar las iniciativas y sugerencias de los niños y adolescentes, de sus familias y de la población en general⁶².

Bloque III: “Actividad protectora de la Administración”

1. Situaciones de desprotección.

La normativa estatal junto con el Código Civil y la legislación autonómica buscan crear un sistema global de protección de menores ante las situaciones de riesgo o de desamparo que habiliten la intervención administrativa en distintos grados. Su finalidad última es garantizarles en todo momento el disfrute del conjunto de derechos que nuestro ordenamiento les otorga y en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad.

Dado que existe una amplia dispersión normativa debido a la asunción por las Comunidades Autónomas de la competencia en asistencia social⁶³, puede concluirse que este hecho resta unidad de actuación y eficacia frente a una problemática común, pudiendo ocasionar agravios comparativos según el territorio y pudiendo derivar en una proactividad o ifractividad del legislador competente.

Es por ello que la regulación de estas materias, aunque similar, no es idéntica en todas las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, no todas las legislaciones autonómicas dictadas en materia de infancia y protección de menores contemplan la intervención administrativa ante situaciones de riesgo o conflicto social de los mismos. Precisamente esta circunstancia es indicativa de la dificultad y complejidad que conlleva un planteamiento y una concreta delimitación del interés superior del menor⁶⁴. Su determinación no es clara y a menudo no hay una respuesta única sino diversas respuestas, como en el caso de las legislaciones autonómicas.

Sin embargo, este ámbito protector queda igualmente cubierto mediante la legislación de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma, que obliga a las Administraciones

⁶² Todo ello se recoge en la Exposición de Motivos, IX, de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

⁶³ A ello se hace referencia anteriormente, en el Boque I, apartado 1 “Traspaso y distribución de competencias”.

⁶⁴ El principio del interés superior del menor ya ha sido tratado en profundidad anteriormente durante este trabajo, en concreto en el Bloque I, apartado 4.

a intervenir y asistir a todas las personas en situación de marginación, riesgo o inadaptación y, por tanto, también cuando se trata de menores; máxime teniendo en cuenta que las normas que configuran el estatuto jurídico indisponible de los menores, estudiado ya *supra*, les reconoce el derecho a la asistencia y protección de las Administraciones Públicas⁶⁵.

En Castilla y León rige la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales, que en su art. 19.2.e) establece como una de las prestaciones esenciales⁶⁶ el establecimiento de medidas específicas para la protección de menores de edad en situación de riesgo o desamparo.

Como muestra el propio artículo, el sistema de protección se encuentra desglosado en dos tipos de situaciones que marcarán la actuación desarrollada por la Administración. Estas situaciones son el riesgo y el desamparo.

1.1. Situaciones de riesgo

Se considera una situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales, familiares o sociales del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración Pública. Precisamente el objetivo de dicha intervención en casos de riesgo es evitar un posible y futuro desamparo que separe al menor de su entorno familiar, y cuya tutela sea asumida directamente por la Administración.

Nace de una interpretación restrictiva que hacen los Tribunales respecto a la figura del desamparo. Así lo declara el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos 2002/233517, de 22 de julio, que establece: “En los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos

⁶⁵ Vid. DE PALMA, Ángeles, ob. cit., pág. 115.

⁶⁶ Las prestaciones esenciales tienen carácter de derecho subjetivo, son obligatorias en su provisión y están públicamente garantizadas, con independencia del nivel de necesidades o del índice de demanda existentes, según el art. 19.1. de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León.

se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal o social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y su familia”.

De esta forma la jurisprudencia ha mostrado que la actuación de la Administración en una fase previa es necesaria para evitar precisamente una situación traumática para el menor como puede llegar a serlo la separación de su núcleo familiar⁶⁷.

En lo referente a los procedimientos administrativos de protección al menor, y por tanto también en materia de situaciones de riesgo, rige el principio de subsidiariedad progresiva de la intervención administrativa respecto a las obligaciones familiares.

Dicho principio establece que el alcance e intensidad de la intervención de las Administraciones Públicas vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia. Es decir, será solo en caso de falta o deficiente cumplimiento de las funciones de los padres o guardadores cuando corresponda a las Administraciones Públicas intervenir de forma subsidiaria para asegurar a los menores la necesaria asistencia y protección.

Las situaciones de riesgo se regulan a nivel estatal en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que tiene carácter supletorio respecto a lo que dicten los legisladores comunitarios con competencia en materia de asistencia social⁶⁸.

El legislador utilizó este mecanismo para otorgar un nivel homogéneo de protección a todos los menores.

No obstante, antes de dictarse dicha ley estatal, fueron varias las Comunidades Autónomas que se habían adelantado y que habían legislado este ámbito de protección⁶⁹. No fue este el caso de nuestra Comunidad, cuya regulación en tal materia fue posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/1996, en su Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia.

⁶⁷ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, ob. cit., pág. 35.

⁶⁸ Así lo indica la disposición final nº 21 de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁶⁹ Así, la Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, en su artículo 50; la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, en su artículo 15 o la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, en sus artículos 18 y 19.

Aunque nuestra normativa lo hizo *a posteriori*, lo cierto es que lo reguló de forma más precisa llegando incluso a incluir una completa definición de la situación de riesgo en su art. 47: “Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes para, a través de los distintos servicios especializados de apoyo a la familia, y en su caso mediante la asunción de la guarda de aquel a petición de sus padres o tutores, eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo”.

Hasta la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el legislador estatal no enumeraba las causas que se podían considerar como constituyentes de una situación de riesgo.

Con dicha reforma la normativa estatal estableció unos indicadores de riesgo⁷⁰ que no se encuentran detallados ni recogidos en un listado, como sucede acertadamente en parte de la normativa autonómica, sino que aparecen en ocasiones implícitos y diseminados en los apartados primero, noveno y décimo del art. 17, lo que dificulta su localización.

Examinando dichos apartados podemos determinar que un menor se encuentra en situación de riesgo cuando:

a) No recibe una adecuada atención física, psíquica o educativa por parte de las personas responsables de su guarda y se produzca alguna de las siguientes situaciones:

–Omisiones de carácter leve en el cuidado del menor, con una probabilidad reducida de producirse un episodio severo de forma inmediata, y sin que tales omisiones supongan un grave perjuicio para su salud física o emocional.

–En caso de que el menor esté sometido a un patrón o a episodios aislados de descuido de carácter leve que inciden en varias áreas concernientes a sus necesidades principales.

⁷⁰ Mediante la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, operada por la Ley 26/2015, se cambió la denominación *factores de riesgo*, contenida en el art. 17, por la de *indicadores de riesgo*.

b) Cuando los padres o responsables del menor le impongan castigos físicos o emocionales que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

c) Cuando la situación sea potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, psíquico o emocional del menor pero éste tenga una relación satisfactoria y adecuada con alguno de los miembros de la familia o una edad y estatus físico, cognitivo, emocional o temperamental que reduce su vulnerabilidad ante aquella situación perjudicial.

Asimismo, el legislador también ha considerado como situación de riesgo cualquier otra circunstancia que, de persistir, pudiera conducir al menor a una situación de desamparo.

Actualmente tampoco formulan un listado taxativo algunos legisladores regionales⁷¹, pero sí otros como es el caso de Castilla y León, que en el art. 48 de la Ley 14/2002 establece las causas concretas que producen una situación de riesgo, causas muy similares a las mencionadas con anterioridad.

En definitiva, las circunstancias que permiten determinar que un menor se encuentra en situación de riesgo son: el tipo y características de la desprotección, las características del entorno socio-familiar y las características propias del menor en cuestión.

En cuanto a la desprotección, se tratará de aquellas situaciones que sean leves o aisladas y que no produzcan graves perjuicios pero sí requieran de intervención administrativa.

En cuanto al entorno, se considerará si la familia tiene conciencia del problema y si tiene intención y motivación suficiente para colaborar en erradicar tal situación.

Por último, en cuanto al menor, se examinará si tiene los recursos suficientes de autodefensa y búsqueda de ayuda, para lo cual deberá valorarse su grado de desarrollo físico y psicológico y el tipo de relación que mantenga con cada miembro de la familia⁷².

⁷¹ Véase la legislación de Extremadura, Asturias, Murcia, la Comunidad de Madrid, Canarias, Andalucía, Aragón, el País Vasco, La Rioja, la Comunidad Valenciana y Cantabria.

⁷² Vid. DE PALMA, Ángeles, ob. cit., pág. 117.

Ahora bien, debe analizarse al margen de conceptos teóricos y listados jurídicos la verdadera actuación práctica de la Administración en los casos en que un menor se encuentra en situación de riesgo.

Pues bien, en primer lugar debe quedar claro que la Administración Pública competente en esta fase es, en la mayoría de casos, la Administración Local, la cual deberá realizar tres actuaciones progresivas y en su caso consecutivas: detectar, prevenir e intervenir.

Las actuaciones de detección de situaciones de riesgo no suponen siempre la intervención directa de los profesionales sino que existen diversos medios como el desarrollo de proyectos de intervención social y educativo-familiar o mecanismos de coordinación con otras instituciones o servicios⁷³.

Una situación de riesgo podrá ser detectada tanto por denuncia, aviso o comunicación, como de oficio a través de los mecanismos de los que dispone la Administración. Es importante resaltar que toda persona que tenga conocimiento de una posible situación de riesgo de un menor debe dar cuenta inmediata a la Administración, ya sea a través de los servicios sociales o por cualquier otra vía (policía, Ministerio Fiscal, autoridad judicial), y en especial los profesionales que tengan contacto con los menores de edad. La Administración a su vez deberá garantizar la absoluta reserva de dicha denuncia o comunicación⁷⁴.

Una vez detectadas las posibles situaciones de riesgo, la Administración adoptará las medidas de prevención para eliminar o minimizar en lo posible los efectos que produzca dicha situación. La acción preventiva se lleva a cabo antes de la intervención socio-familiar como tal y su objetivo es evitar que la situación de riesgo se agrave. Puede tener alcance general o particular, es decir, mediante programas de intervención comunitaria o mediante un plan específico y diseñado para cada caso concreto.

En esta última opción son frecuentes las medidas de colaboración con la familia para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones legales respecto al menor. La acción preventiva puede incidir tanto en los menores como en su entorno familiar y social.

⁷³ Es habitual una especial coordinación con los centros sanitarios, centros de enseñanza, centros deportivos, centros lúdicos u otros con incidencia en el ámbito de la infancia.

⁷⁴ Todo ello se recoge en el art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En este sentido se han establecido en Castilla y León los denominados Programas de Intervención Familiar (PIF) cuyo objetivo es preservar o reunificar a la familia y normalizar la convivencia en la misma. Se regulan en el art. 78.1.c) de la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León y se constituye como una medida de apoyo. Actualmente existen veinticinco equipos distribuidos por toda la Comunidad Autónoma⁷⁵.

La actuación preventiva es diferente a la intervención socio-familiar, que siempre es posterior a la detección de la situación de riesgo, y podrá serlo o no a la acción de prevención. La intervención consiste en ejecutar una acción concreta que modifique una situación mediante los recursos y servicios administrativos necesarios. Deberá realizarse en primer lugar un estudio de la situación del menor para elaborar un diagnóstico y un posterior plan de intervención individualizado que elimine los factores de riesgo. Esta acción interventora, al igual que la preventiva, se realiza sobre el propio menor y sobre su entorno.

La colaboración de la familia en este punto es vital. Tanto la normativa vigente como los Tribunales han establecido que en caso de falta de colaboración de los padres o tutores responsables del menor procederá la declaración de la situación de desamparo.

Así lo concreta de nuevo la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León en los arts. 53.2 y 79.

Este supuesto no constituye un castigo o sanción que se impone a la familia, y la misma no debiera interpretarlo como tal, sino que supone una diligencia necesaria para brindar una mejor asistencia y protección al menor.

Entre las medidas administrativas de atención al menor y apoyo a la familia, que suelen agruparse en medidas de carácter técnico y económico, se encuentran:

⁷⁵ Fueron implantados por la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León en 1990 a partir de la colaboración entre la Comunidad Autónoma de Castilla y León y tres Corporaciones Locales (Diputación de Palencia, Diputación de Segovia y Ayuntamiento de Valladolid) Posteriormente se han ido desarrollando e implantando en otras provincias de la Comunidad a través de Convenios o subvenciones con la Junta de Castilla y León.

- a) Medidas de apoyo a la familia para mejorar el entorno familiar y hacer posible la permanencia del menor en el mismo; estas medidas podrán consistir en prestaciones económicas o en especie en situaciones de insuficiencia de recursos;
- b) Establecimiento de programas compensadores de carácter socio-educativo;
- c) Asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo;
- d) Ayuda a domicilio dirigida a favorecer el cuidado y la atención del menor y a hacer posible su permanencia en la familia;
- e) Atención en centros de día o en centros de atención a la primera infancia o atención precoz;
- f) Intervención psicoterapéutica;
- g) Programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar y que requieren una formación profesional que facilite su inserción laboral.

Destacado papel desempeña además, de las ya citadas, otra medida que se practica con frecuencia en este ámbito, la mediación familiar, cuyo objetivo es neutralizar las crisis derivadas de estas situaciones a nivel de relaciones familiares.

En este punto cabe mencionar que en Castilla y León se contempla una figura especial, la denominada Guarda administrativa, como una de las medidas de protección de los menores en situación de riesgo. Así lo determina la Ley de Castilla y León 14/2002 en su art. 52.2: “la guarda administrativa es el instrumento jurídico a través del cual la Administración asume la guarda del menor de forma temporal a solicitud de los propios padres o tutores que se ven impedidos de cuidar al menor debido a graves circunstancias” Este punto será tratado *infra* con mayor precisión.

Dos o más de las citadas medidas podrán ser prestadas de forma conjunta y simultánea cuando la Administración pretenda incidir sobre diferentes aspectos que han provocado la situación de riesgo, que cesará, en todo caso, cuando desaparezcan los factores que la desencadenaron o cuando se haya derivado al menor hacia una situación de desamparo, momento en que la Administración competente asumirá su tutela.

Si el motivo fue la desaparición de los factores causantes, la Administración deberá realizar un seguimiento sobre la posterior evolución del menor y la consolidación de la situación alcanzada mediante la intervención de los servicios sociales competentes.

En cuanto al procedimiento, es importante tener en cuenta que la competencia se encuentra repartida entre la Administración Autonómica y las Entidades Locales.

A la Administración Autonómica le corresponde promover, planificar, programar, supervisar y coordinar las actuaciones en caso de situaciones de riesgo de menores de edad. A las Entidades Locales les corresponde informar, detectar, valorar, prevenir, intervenir y realizar el seguimiento de las medidas de protección y apoyo adoptadas en el entorno socio-familiar.

En Castilla y León esto se recoge en los arts. 50 (competencias de la Comunidad Autónoma) y 126 (competencias de la Entidad Local) de la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. Además, dicha normativa prevé expresamente la tramitación de un procedimiento dirigido a verificar, declarar y adoptar las medidas oportunas ante una situación de riesgo. En dicho procedimiento habrá que escuchar al menor⁷⁶ y dar audiencia a los padres.

Como hemos visto se trata de un ámbito en el que las competencias se encuentran distribuidas. Es por ello que la normativa aplicable prevé diversos mecanismos de coordinación.

Cuando la competencia ante una situación de riesgo corresponda a una Entidad Local y esta determine como insuficientes las medidas de apoyo establecidas o agravada la situación del menor, deberá comunicárselo a la Administración Autonómica al efecto de que, en su caso, proceda a declarar el desamparo y asumir la tutela. La Entidad Local deberá remitir para ello el expediente administrativo completo en el que consten todas las actuaciones realizadas.

Lo mismo deberá suceder a la inversa. Cuando sea la Administración Autonómica la que haya dado por finalizada la tutela reintegrando al menor en su ámbito familiar, deberá remitir el expediente a la Entidad Local competente a los efectos de que ésta

⁷⁶ Uno de los derechos reconocidos por ley a los menores de edad: derecho a ser oído y escuchado (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor)

realice el adecuado seguimiento y supervisión del menor en su familia. En todo caso, la cooperación y colaboración entre Administraciones se regula en la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León en sus arts. 127 (corresponsabilidad), 128 (marco de cooperación) y 129 (colaboración interadministrativa y traspaso de recursos).

1.2. Situaciones de desamparo

El art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 172 del Código Civil consideran que los menores se encuentran en una situación de desamparo cuando se incumple, es imposible o inadecuado el ejercicio de los deberes de protección y se les priva de la necesaria asistencia moral o material.

La Ley 14/2002 de Castilla y León define el concepto de desamparo en su art. 55, remitiéndose a su vez al art. 172.1. del Código Civil.

Los Tribunales definen el desamparo como la situación de hecho en que se encuentra el menor cuando sus padres o tutores no saben, no quieren o no pueden prestarle la asistencia moral y material necesaria. Por tanto se inclinan a determinar que su origen es una falta o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección por parte de los responsables encargados del menor⁷⁷.

En concreto, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia número 582 de 27 de octubre de 2014 establece: “la situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la prestara quienes por Ley tienen obligación de hacerlo”. El Tribunal, tras interpretar los preceptos del Código Civil (art. 239, 222.4 y 303), conjugando los conceptos de desamparo, tutela y guarda de hecho, concluye que “para que exista la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, consiste en que se produzcan por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia (moral o material, dice el Código Civil); y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes

⁷⁷ Así lo recogen el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2002 (AC 2002/1225); Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de diciembre de 2002 (AC 2002/379); Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398); Auto de la Audiencia Provincial Cantabria de 24 septiembre de 2002 (JUR 2003/8154); Auto de la Audiencia Provincial Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517).

de tal asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo quedará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia de los padres biológicos”.

El mencionado art. 18, modificado tras la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá servir de criterio para la valoración de la situación de desamparo, y que tampoco se separará a un menor por el hecho de tener una discapacidad.

Esta figura, a diferencia de la situación de riesgo, requiere un procedimiento administrativo con garantías que finalice con una resolución formal en la que se declare el desamparo por parte de la Entidad Pública competente territorialmente, según el art. 172.1 CC.

Serán las Administraciones Autonómicas las que deberán verificar y en su caso declarar la situación de desamparo del menor. El efecto más importante que produce tal resolución de desamparo es la atribución automática o *ex lege* de la tutela del menor a la Administración. El legislador estatal ha establecido expresamente que también corresponde a las Administraciones Autonómicas determinar qué Entidad Pública asumirá dicha tutela⁷⁸.

El papel de las Entidades Locales consistirá aquí en adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el posterior retorno del menor a su familia de origen, en aras de hacer efectivo el principio de reintegración familiar que rige en esta materia. Las medidas de apoyo a la familia para facilitar dicha reintegración serán prestadas generalmente por los servicios sociales⁷⁹.

Los supuestos de desamparo se regulan en la legislación estatal de manera más completa que los supuestos de riesgo, siguiendo la senda ya iniciada por algunos

⁷⁸ Así lo determina el art. 172 del Código Civil y la Disposición Final 22.ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁷⁹ Vid. DE PALMA, Ángeles, ob. cit., pág. 121.

legisladores autonómicos, como Castilla y León, que recoge en el art. 56 de la Ley 14/2002 las situaciones concretas que originan el desamparo.

Los supuestos pueden agruparse de forma genérica en los siguientes:

a) Abandono del menor, entendido como la falta de ejercicio de la guarda a quien corresponda, junto con el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares.

b) Transcurso del plazo de la guarda voluntaria cuando no puedan o no quieran asumir la guarda. Esta institución se analizará *infra*.

c) Riesgo directo para el menor en su bienestar físico o psíquico, que se corresponde con el riesgo para la vida, salud e integridad física o mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o con la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas. También se incluye en este supuesto las situaciones en las que el menor se encuentre en un entorno familiar de violencia doméstica o de género.

d) Inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución u otras formas análogas, previsto solo en algunos territorios⁸⁰.

e) Ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada e injustificada a un centro educativo, así como la inducción al absentismo durante la educación obligatoria.

El desamparo también puede tener lugar cuando no existen personas obligadas a ejercer las funciones que corresponden a los encargados del menor (ej: fallecimiento de los padres) Es por ello que el criterio más concluyente para declarar la situación de desamparo es que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral y/o material⁸¹.

⁸⁰ Se prevé en Extremadura, Asturias, Canarias, Andalucía, Navarra, Baleares, La Rioja, Cataluña, Galicia y Castilla-La Mancha.

⁸¹ Vid. VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo*, Centenario del Código Civil (1889-1989), Vol. 2, 1990, ISBN 84-87191-42-X, pág. 2045.

En cuanto a las vías a través de las cuales la Administración tiene conocimiento de una posible situación de desamparo se encuentran, en primer lugar, los servicios sociales prestados por las Administraciones Locales, los cuales constituyen una puerta de acceso al sistema por ser muy próximos al ciudadano. Otra vía de conocimiento puede ser la mera comunicación o denuncia efectuada por personas o Entidades Públicas o Privadas: servicios educativos, sanitarios, policiales, entidades infantiles y juveniles, Ministerio Fiscal, autoridad judicial, la familia del sujeto, los vecinos o el propio menor.

A tal efecto, existen protocolos de actuación y modelos estandarizados de notificación de situaciones de riesgo y maltrato infantil para profesionales, en el ámbito educativo, sanitario o profesional, que recogen diferentes datos tales como: el ámbito profesional, los datos del notificante, la identificación del menor, la descripción de la situación que se notifica, los datos familiares, el tipo de maltrato que se sospecha y otra información de interés⁸².

Como es de interés que la información sobre la existencia de un menor en posible desamparo llegue a la Administración, constituye una obligación expresa y un deber exigible también para cualquier ciudadano la comunicación de forma inmediata⁸³.

En estos casos existen varias alternativas para notificar dicha situación a los organismos encargados de actuar:

1º. Ante situaciones en las que se esté produciendo un riesgo o peligro actual o inminente para la vida o la integridad física del niño, se debe comunicar mediante el teléfono de emergencias 112.

2º. El resto de situaciones diferentes a las anteriores, en las que no haya peligro o riesgo inminente, pueden comunicarse a distintos servicios y de diferentes formas:

a) Telefónicamente o de forma presencial ante los servicios sociales más próximos (normalmente los CEAS⁸⁴) en el horario de atención al público que

⁸² Estos modelos pueden encontrarse en la página web de la Junta de Castilla y León, en el apartado “Servicios Sociales”, “Protección a la infancia y adopción”, “Cuándo un niño necesita protección”. (<https://serviciosociales.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100/1284369148315/ / / />)

⁸³ Así lo establece el art. 13.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁸⁴ Centros de Acción Social dependientes de la Concejalía de Familia.

cada uno de ellos tenga dispuesto. También pueden localizarse a través del teléfono 012.

b) Electrónicamente, mediante el envío debidamente cumplimentado de un formulario disponible en la misma página web de Castilla y León ya citada, en la Sección de Protección a la Infancia. Este formulario permite mantener el anonimato si el solicitante lo desea y puede ser enviada durante las veinticuatro horas del día. Este modelo recoge los datos del menor, datos de las personas que residen con él, teléfonos de contacto, descripción de la situación y datos del notificante.

Además, cualquier menor o adulto puede comunicar situaciones problemáticas que afecten a niños o niñas y pedir orientación sobre las mismas en los diversos números telefónicos habilitados para ello: el Teléfono de Ayuda a Niños y Adolescentes, los Teléfonos de Ayuda al Adulto y la Familia y el Teléfono de casos de Niños Desaparecidos⁸⁵.

Una vez conocida por la Administración Autonómica una posible situación de desamparo, se abre un procedimiento administrativo regulado por la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Durante el curso del mismo, todos los interesados podrán alegar cuanto estimen conveniente y solicitar las oportunas pruebas. Será fundamental constatar la efectiva situación de desamparo del menor mediante solicitud de informes y realización de estudios, también con el objetivo de adoptar la medida de protección más adecuada.

En casos especialmente graves donde sea necesaria una inmediata separación del menor de su entorno familiar por la existencia de riesgo fundado para su integridad, la Administración podrá solicitar las medidas cautelares de protección que considere necesarias⁸⁶.

⁸⁵ Todos ellos se encuentran disponibles en la página web de la Junta de Castilla y León, en el apartado “Servicios Sociales”, “Protección a la infancia y adopción”.

([⁸⁶ Esto se recoge en los arts. 14 y 16 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.](https://serviciosociales.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100/1284369148315/ / /))</p></div><div data-bbox=)

El procedimiento administrativo concluirá mediante resolución administrativa debidamente motivada y que declare el desamparo. En referencia a la motivación, dicha resolución deberá explicar las razones que han conducido a aplicar el desamparo en vez de otra medida. En la propia resolución se contendrán las medidas de protección aplicables al menor y, en su caso, el régimen de visitas establecido con su familia⁸⁷. Esta resolución deberá ser notificada a los interesados y al Ministerio Fiscal, indicando los recursos que contra la misma puedan ejercerse⁸⁸. En concreto, contra la declaración de desamparo, puede formularse oposición judicial ante la jurisdicción civil (y no la contencioso-administrativa) a través de un proceso declarativo en el plazo de dos meses, un plazo coincidente con el previsto para la impugnación de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como señala el art. 780.3 LEC, sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa⁸⁹.

La resolución que declara la situación de desamparo de un menor tiene una particularidad especial. No solo produce efectos de naturaleza administrativa, sino también efectos de naturaleza civil, y no solo por atribuirse de forma automática la tutela del menor desamparado a la Administración que corresponda, sino también porque produce la suspensión de la patria potestad⁹⁰. Desde ese momento la Administración se hace responsable del menor y asume en consecuencia los deberes y facultades que ello conlleva.

En cuanto a la vía jurisdiccional correcta, aunque formalmente se trate de la impugnación de un acto administrativo y por ello se deduzca que es ésta la vía jurisdiccional adecuada, lo cierto es que la cuestión de fondo es de naturaleza civil por los efectos civiles que la declaración de desamparo conlleva, ya mencionados, y por tanto es competencia de la jurisdicción civil.

Como ya se ha apuntado, la resolución que declare la situación de desamparo recoge las razones que fundamentan dicha declaración, y también las medidas de protección aplicables al menor.

⁸⁷ Los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos salvo que no sea conveniente para el desarrollo del menor, de conformidad con el art. 160.1 CC.

⁸⁸ El artículo 172.1 del Código Civil establece que la notificación de la resolución se realizará en un plazo de cuarenta y ocho horas.

⁸⁹ Esto es así porque lo establece el art. 780.1 LEC, y por la falta de previsión expresa en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁹⁰ Esto se recoge en el art. 172 del Código Civil.

Dichas medidas buscan paliar la desprotección de que adolece el menor y hacer posible su desarrollo integral, y son las siguientes:

a) La Guarda administrativa

Como una medida extraordinaria, y para prestar atención inmediata al menor, la Entidad Pública podrá asumir su guarda provisional mediante resolución administrativa, comunicándolo al Ministerio Fiscal, antes de constatar la situación real de desamparo.

Se trata de una novedad introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y también prevista en el art. 172.4. del Código Civil.

En Castilla y León, la guarda se regula en los arts. 84 y siguientes de la Ley 14/2002.

A través de esta figura la Entidad Pública puede asumir la guarda provisional de un menor durante un tiempo determinado cuando los padres o tutores no puedan cumplir debidamente sus deberes legales de protección.

Ese tiempo no podrá sobrepasar los dos años salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de dicha medida. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, el menor será declarado en situación legal de desamparo.

Por este motivo la guarda provisional es denominada por la doctrina como “desamparo potencial” porque el menor sufrirá desamparo si no recibe la custodia de la Administración, o también “desamparo reversible” porque tras un período de tiempo los padres y tutores vuelven a hacerse de nuevo cargo del menor⁹¹.

La ejecución de la guarda provisional, a diferencia de la tutela, no requiere una resolución de desamparo y por tanto tampoco produce la suspensión de la patria

⁹¹ Vid. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, Tesis doctoral dirigida por José Manuel Lete del Río. Árbol académico. Universidad de Santiago de Compostela, 1995, págs. 121 a 131.

potestad. Los padres o tutores conservarán en todo caso los derechos de representación, administración de bienes y visitas sobre el menor.

La guarda permite una intervención inmediata sin las dilaciones derivadas del procedimiento administrativo para declarar el desamparo, y sin que por ello se rebaje la seguridad jurídica.

Pueden solicitarla tanto los padres acudiendo a la Entidad Pública competente, como el Juez cuando estime necesario separar al menor de su núcleo familiar en el seno de un proceso civil o penal.

La guarda que solicitan los padres o tutores es la denominada guarda convencional, y en Castilla y León es asumida por las Entidades Locales según el art. 87.2. de la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. Se materializa mediante el acogimiento, que puede ser familiar o residencial, con el objetivo de reinsertar cuanto antes al menor en su propia familia.

Por lo demás, la guarda se extinguirá si concurre alguna de las siguientes circunstancias: si el menor alcanza la mayoría de edad; si el menor fallece; si los padres alegan y justifican que las causas por las que solicitaron la guarda han cesado y que pueden cuidar del menor nuevamente; si el Juez lo acuerda en los casos que proceda por ley; si el menor es adoptado con el consentimiento de los padres; o si se constituye la tutela *ex lege* de la Administración por constatar la situación de desamparo.

b) Tutela y acogimiento: familiar y residencial

La Administración, por ministerio de la ley, puede adoptar la tutela legal en una declaración de desamparo. Se trata de una institución pensada para otorgar una protección integral a las personas que por su edad o por otras circunstancias son incapaces de dirigirse de forma autónoma.

Esta medida se encuentra regulada en los arts. 172 a 174 y 176 bis CC y en los arts. 12, 18, 19, 19 bis, 20, 21 y 21 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor junto con su modificación mediante la Ley Orgánica 8/2015.

En nuestra legislación autonómica la tutela se regula en los arts. 81 a 83 de la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

Objeto de estudio será la tutela de los menores de edad, que se encuentra mencionada en el art. 222. 1º y 4º del CC, el cual establece que quedan sujetos a ella los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad y los menores que se hallen en situación de desamparo, respectivamente.

Cuando los menores están emancipados no procede la tutela, pues la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, según el art. 322 CC.

Así, la naturaleza de este mecanismo se corresponde con una potestad administrativa de Derecho Público abstracta y general, que desplaza a los progenitores, tutores o guardadores, cuya tutela queda suspendida. No obstante, serán válidos sus actos de contenido patrimonial siempre que sean beneficiosos para el menor, según el art. 172 párrafo 3º CC.

En cuanto al órgano tutelar, puede definirse como aquel que vela por el tutelado y comprende:

- a) El Juez: autoriza las actuaciones del tutor que lo requieren y supervisa y controla el desarrollo de la tutela.
- b) El Ministerio Fiscal: ejerce la vigilancia de la tutela y actúa de oficio o a instancia de parte, según el art. 232 CC.
- c) El tutor, sujeto que será desarrollado posteriormente.
- d) Otras personas: los padres no privados de patria potestad pueden establecer órganos de fiscalización de la tutela y designar las personas que los integren mediante testamento o documento público notarial. Lo que así se disponga vinculará al Juez salvo que el beneficio del tutelado requiera otra cosa⁹².

⁹² Esto se recoge en los arts. 223 y 224 CC.

El nombramiento de tutor, que en principio será uno solo, lo realiza el Juez según el art. 234 CC salvo alteración del orden o descarte de todos los sujetos mencionados por considerarlo perjudicial para el menor tutelado. El orden que se establece es el siguiente:

- 1º Cónyuge que conviva con el tutelado
- 2º Padres
- 3º Personas designadas por los padres
- 4º Descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

No habrá que considerar en esta clasificación ni a los descendientes (la minoría de edad impide ejercer la tutoría y, lógicamente, los descendientes de un menor serían también menores) ni a los padres ya que a ellos les corresponde ejercer la patria potestad y no la tutela.

En la designación de tutor para varios hermanos el Juez deberá procurar que sea único para evitar la separación de los menores⁹³.

Las funciones tutelares se refieren a la esfera personal del menor, a su representación y administración patrimonial. Constituyen un deber, se ejercen en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. El tutor debe cumplir las obligaciones del art. 269 CC, es decir, procurar alimentos y formación integral, educar y promover la adquisición o recuperación de capacidad y de inserción social al menor.

La tutela de los menores se extingue según las causas que a ellos afectan recogidas en los arts. 276 y 277 CC: cumplimiento de la mayoría de edad si no ha sido incapacitado, adopción, fallecimiento del menor, o que recupere la patria potestad quien fue privado o suspendido de ella. A todas estas causas la doctrina ha añadido la muerte, la declaración de fallecimiento y la incapacitación del tutor⁹⁴.

La guarda y la tutela implican la separación del menor de su familia y se articulan mediante del acogimiento como medida de protección.

⁹³ Esto se recoge en el art. 240 CC.

⁹⁴ Vid. CARRANCHO HERRERO, María Teresa, *Instituciones protectoras del menor: (especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, pág. 89.

De conformidad con la Ley 1/1996 podría definirse el acogimiento como aquella medida de protección que origina una relación jurídica dirigida a conceder a los menores de edad, inmersos en algún tipo de conflictividad socio-familiar, las mejores condiciones para su desarrollo personal y social.

Existen, por lo demás, dos modalidades de acogimiento:

- El acogimiento familiar, dispuesto en los arts. 20 y 20 bis de la Ley Orgánica 1/1996 y en diferentes legislaciones autonómicas, que supone la integración del menor en un núcleo familiar distinto al formado por sus progenitores. Se también encuentra recogido en la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León en los arts. 90 a 94.

- El acogimiento residencial, previsto en el art. 21 CC y en la normativa autonómica, que determina el ingreso del menor en un centro asistencial y que deberá ser de la menor duración posible, no podrá superar los tres meses. Esta segunda modalidad es subsidiaria a la primera, es decir, solo procederá cuando no sea posible o sea inconveniente el acogimiento familiar del menor. También se encuentra recogido en la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León en los arts. 95 a 99.

La Ley de 1/1996 establece tres tipos de acogimiento familiar, según el tipo de intervención, la finalidad y su duración:

1. Acogimiento familiar simple: aquel que tiene carácter temporal, bien porque se prevea la integración del menor a su hogar de origen, bien porque se establezca como medida transitoria mientras que se logra una situación más estable.

2. Acogimiento familiar permanente: aquel de duración indeterminada pero que no produce vínculos de filiación entre el menor y la familia acogedora, sino que se mantienen los vínculos con su familia de origen. A pesar de ello, la autoridad pública puede solicitar del Juez que conceda a las personas que acogen al niño las responsabilidades generadas por su tutela. Esta modalidad de acogimiento tiene lugar cuando la edad del niño u otras circunstancias así lo aconsejen.

3. Acogimiento familiar preadoptivo: aquel que se puede establecer cuando se considere necesario un periodo de adaptación del menor a la familia que se propone adoptarlo. Es el Juez quien, teniendo en cuenta las características de los acogedores, toma tal decisión⁹⁵.

A su vez, según la vinculación que mantengan los menores acogidos con la familia de origen, pueden distinguirse dos modalidades:

- Acogimiento en familia extensa: es aquel en el que los acogedores son los miembros de su propia familia de parentesco más lejano. Es la forma de acogimiento de elección prioritaria para la Administración.

- Acogimiento en familia ajena: aquel que no implica necesariamente que el menor rompa las relaciones con sus padres biológicos y con su familia extensa. Generalmente, los menores pueden tener contacto habitual tanto con los padres biológicos como con otros miembros de su familia a través de visitas programadas, con la finalidad de que se mantengan las relaciones afectivas entre padres e hijos, en función de las características y posibilidades de cada caso particular.

El acogimiento en familia ajena es la alternativa al acogimiento residencial, cuando la propia familia del menor, incluida la familia extensa, no es idónea o no puede hacerse cargo del mismo⁹⁶.

c) Adopción

La adopción es la última de las medidas objeto de exposición, que será tratada de manera superficial considerando la amplitud de dicha institución, incidiendo en los puntos más destacables y conflictivos por la complejidad que la caracteriza y por ser una figura de filiación propia del Derecho Civil.

La adopción consiste en integrar en una familia a un sujeto que no pertenece a ella por lazos de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando con ello un estado familiar,

⁹⁵ Vid. ALEMÁN BRACHO, María del Carmen, Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España, *Revista de Derecho Político*, Nº 90, 2014, ISSN 0211-979X, pág. 123.

⁹⁶ La tipología de acogimientos y sus características viene muy detallada en la página web de ASEAF, Asociación Estatal de Acogimientos Familiares (<https://www.aseaf.org/qu%C3%A9-es-el-acogimiento-familiar/tipos-de-acogimiento-familiar/>)

o una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción, y por el cual se confiere a una persona un nuevo estado civil de filiación.

Se trata de una institución de protección del menor desamparado que le integra en un núcleo familiar que él no posee y que le proporciona los medios necesarios para conseguir un adecuado desarrollo personal y social⁹⁷.

Su concepto y finalidad ha variado a lo largo de la historia pero su cambio fundamental tuvo lugar a comienzos del S. XX, momento en el que se desarrolla el concepto de interés superior del menor, y que produce en esta materia un cambio de concepción, pasando a plantearse no como un sistema de “dar un hijo a una pareja” sino como un mecanismo de “dar una familia a un niño”⁹⁸.

Se acepta ya como principio incuestionable en esta materia la equiparación absoluta entre los efectos jurídicos que produce la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza (matrimonial o no). La relación jurídica entre adoptante y adoptado presenta las mismas características y contenido que la que se establece entre el progenitor biológico y el hijo por naturaleza. La diferencia no radica en su contenido sino en su origen⁹⁹.

Por tanto mediante este principio se igualan ambas clases de filiación, pues la adopción atribuye al adoptante o adoptantes todos los derechos y deberes que derivan de la patria potestad: plenitud de derechos sucesorios (legítimas, llamamiento a la sucesión intestada); régimen de los apellidos; o adopción de la nacionalidad española de origen si el menor es extranjero y tiene menos de dieciocho años (art. 19.1 CC).

En cuanto a su regulación, la adopción aparece mencionada en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, pero no se encuentra desarrollada, simplemente

⁹⁷ Vid. CARRANCHO HERRERO, María Teresa, ob. cit., pág. 175.

⁹⁸ Vid. VARELA GARCÍA, Carlos, *Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor Principios programáticos y normas de conflicto*, N° 1, 1997, ISSN 0213-7100, pág. 280.

⁹⁹ Vid. VERDERA SERVER, Rafael Antonio, Adopción y principio de igualdad: (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo), *Derecho privado y Constitución*, N° 13, 1999, ISSN 1133-8768, págs. 297 a 378; Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, La adopción en el sistema vigente de protección de menores, *Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, 2001, ISBN 84-344-2636-6, págs. 155 a 175; Vid. POLAINO LORENTE, Aquilino, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ariel Educación, Madrid, 2001, ISBN 84-344-2636-6, págs. 154 a 175; Vid. LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, Derecho de familia, Trivium, Madrid 2000, ISBN 84-7248-993-0, págs. 387 a 389.

se establece una remisión al Código Civil y a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 24.

A mayores, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, recoge en su exposición de motivos la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que merece un análisis algo más detallado por ser un tema novedoso y algo controvertido.

La idoneidad de los adoptantes del menor desamparado habrá de ser apreciada por la Entidad Pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso.

Este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro Derecho Positivo, sí se tenía en cuenta en la práctica habitual de los procedimientos selectivos de familias adoptantes, y sí que aparecía ya recogido como exigencia en el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional¹⁰⁰.

Se refiere a la aptitud de los solicitantes para el desempeño de las funciones parentales, según sus circunstancias personales, familiares y los motivos que les llevaron a solicitar la adopción.

En todo caso, existen dos tendencias doctrinales sobre si estas cualidades que revisten la idoneidad deben valorarse respecto el adoptando concreto que va a ser objeto de adopción.

De un lado, el autor SERRANO GARCÍA señala que en todo caso deben apreciarse las aptitudes necesarias para cumplir la idoneidad en concordancia con la situación personal del adoptando, ya que puede haber personas idóneas para un determinado niño y otras no.

Por el contrario, el autor ESPINAR VICENTE, señala que la idoneidad es una cualidad personal de quien pretende adoptar, con total independencia de quien pueda ser posteriormente el adoptando, y, por tanto, la idoneidad debe estudiarse únicamente en base a las características individuales del peticionario.

¹⁰⁰ Este Convenio fue ratificado por España el 1 de agosto de 1995.

En mi opinión, la idoneidad del peticionario debe ser acorde con las circunstancias individuales del adoptante. Cada menor desamparado es diferente y requerirá unas atenciones y cuidados distintos en función de sus necesidades y particularidades. Éstas serán satisfechas si los adoptantes reúnen las aptitudes adecuadas, y, claro está, no todos los peticionarios reunirán las mismas. En definitiva, la idoneidad respecto del adoptando tiene como fin garantizar la seguridad jurídica y el interés superior o mejor beneficio para el menor, principio fundamental sobre el que descansa todo el sistema articulado para su correcta protección, ya estudiado *supra*.

En cuanto al procedimiento, la adopción presenta elementos administrativos y judiciales. Las fases más importantes del procedimiento judicial son básicamente iguales si se inicia por propuesta previa de la Entidad Pública, como si lo hace mediante solicitud privada.

Si la propuesta previa se inicia por la Entidad Pública, ésta debe haber declarado con anterioridad la idoneidad del adoptante. En esta propuesta de adopción se harán constar especialmente las condiciones personales, familiares, sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, además de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

Cabe mencionar aquí la novedad introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de regular *ex novo* la guarda con fines de adopción, por la cual se inicia la convivencia con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción. Dicha convivencia durará hasta que se dicte resolución judicial, y en virtud de ésta, será reanudada o cesará. Su objetivo es que el menor no tenga que permanecer en un centro de protección ni con otra familia¹⁰¹.

Antes de que el Juez dicte resolución tienen lugar una serie de intervenciones, que pueden clasificarse en:

- Consentimientos: han de prestar su consentimiento, como requisito imprescindible, y siempre en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

¹⁰¹ A la guarda con fines de adopción se refiere el art. 176 bis.1 CC.

- Asentimientos: deben asentir la adopción,

1º. El cónyuge del adoptante o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta¹⁰².

2º. Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁰³.

Cabe precisar el alcance exacto de estos “asentimientos”: quienes los emiten no van a ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva. Por tanto no equivalen a una verdadera “autorización” o “permiso”.

- Audiencias: deberán ser simplemente oídos por el Juez,

1º. Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción¹⁰⁴.

2º. El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores¹⁰⁵.

3º. El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez¹⁰⁶.

El procedimiento se regula en los arts. 33 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, según los cuales la competencia corresponde al Juez de primera instancia que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. Podrá éste ordenar la práctica de cuantas diligencias considere oportunas en orden a asegurar que la adopción sea en interés del adoptando. La

¹⁰² Esto se recoge en el art. 176.bis.1 CC.

¹⁰³ Esto se recoge en el art. 177.2. CC.

¹⁰⁴ Bastará, pues, la simple audiencia cuando los padres se encuentren incurso en causa para la privación de la patria potestad, aunque aún no se haya dictado sentencia que les prive de ella, o cuando el hijo se hallare emancipado, según el art. 177.2.2º CC.

¹⁰⁵ Dado que la Ley no distingue, la referencia hay que entenderla hecha tanto a los guardadores legales como a los de hecho.

¹⁰⁶ Esto se recoge en el art. 177.3. CC.

tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal.

El procedimiento de adopción concluye con auto judicial¹⁰⁷ que, en caso de ser favorable, constituye la adopción. Contra el auto que resuelva el expediente cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos. Dicho auto judicial carecerá de eficacia para constituir la adopción o será insuficiente sin la existencia de las pertinentes “voluntades” o “declaraciones de voluntad” ya mencionadas.

No se requerirá propuesta previa de la Entidad Pública cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad¹⁰⁸.
- 2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal¹⁰⁹.
- 3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción¹¹⁰ o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- 4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado, y haberse producido la situación de acogimiento o de convivencia estable a que se refiere el art. 175.2 CC.

De esta forma, los dos efectos más importantes que produce la adopción serán: la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178.1.CC) y el nacimiento de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica (art. 108.2 CC).

¹⁰⁷ Así lo establece el art. 39.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, 15/2015, de 2 de julio.

¹⁰⁸ Es decir, tíos y sobrinos.

¹⁰⁹ Esto es la posibilidad de adopción por cualquier persona de los hijos de su cónyuge, muy utilizado en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo para establecer una filiación legal conjunta respecto del menor.

¹¹⁰ Con el consentimiento de la entidad pública o por resolución judicial.

En cuanto a su extinción, cabe mencionar que la adopción, una vez constituida, es irrevocable (art. 180.1 CC) y la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción (art. 180.4 CC).

No obstante, siempre como excepción a la regla, el Código Civil permite la posibilidad de que el Juez acuerde la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin mediar culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente de adopción, en los términos expresados en el art. 177 CC, siempre que la demanda se interponga en el plazo de los dos años siguientes a la adopción, y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (art. 180. 2. CC).

En la Ley 14/2002 de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, la adopción se regula en los arts. 75.1.d) y 100 a 111.

Aparece concebida en su preámbulo como medida de significado valor para aquellos supuestos en los que, resultando inviable, por imposible o perjudicial, la permanencia en la familia de origen o el retorno a la misma, el interés del niño, su edad y demás circunstancias aconsejen la promoción de su integración plena en una nueva familia.

Establece que corresponde a la Comunidad Autónoma tanto la gestión de los procedimientos para la declaración de idoneidad de los solicitantes de adopción, como la selección de adoptantes y la presentación de la propuesta de adopción ante la Autoridad judicial competente. Todo ello una vez constatada la inviabilidad de la permanencia definitiva o reintegración del menor desamparado en su familia de origen¹¹¹.

Se posibilita la opción de configurar un programa personalizado de acoplamiento del menor de edad a la nueva familia, siempre que se entienda necesario en función de las circunstancias del adoptando¹¹².

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aborda también la regulación de la adopción internacional con motivo del considerable aumento que en los

¹¹¹ Así lo regula el art. 100.1. y en el art. 102.1 de la Ley 14/2002 de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

¹¹² Así lo regula el art. 101.3. de la Ley 14/2002 de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

últimos años han experimentado las adopciones de niños extranjeros por parte de adoptantes españoles, aunque no sea este el caso concreto de nuestra Comunidad, donde se ha producido un notable descenso de las solicitudes y adopciones internacionales¹¹³.

Su regulación diferencia las funciones que han de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que puedan delegar en agencias privadas que gocen de la correspondiente acreditación. Asimismo, establece las condiciones y requisitos para la acreditación de estas agencias, entre las que destaca el fin de lucro por parte de las mismas.

En la Ley 14/2002 de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, la adopción internacional se regula en los arts. 109 a 111, que se remite a las normas internacionales y a su propia regulación de la adopción nacional.

2. Otras actuaciones y medidas de intervención.

Además de las diversas instituciones creadas para la protección de los menores en situaciones problemáticas que originan riesgo o desamparo, existen muchas otras medidas que la Administración posibilita, como los denominados Servicios de Atención Especializada, que comprenden:

2.1. Centros de Educación Infantil

También denominados Guarderías, los Centros de Educación Infantil están destinados para atender a los menores de edad en los primeros años de su infancia, para favorecer el desarrollo de sus capacidades y para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional en sus familias.

El aumento de las plazas públicas en guarderías y el fomento y apoyo a la creación de las mismas en centros de trabajo y empresas, son instrumentos previstos para alcanzar este objetivo.

¹¹³ Esto puede observarse en las estadísticas adjuntadas a tal efecto, en la tabla con los datos sobre “Menores extranjeros adoptados en Castilla y León” del Anexo III del presente trabajo.

En Castilla y León, todas las provincias disponen de Guarderías públicas. León gestiona un total de veinticuatro escuelas infantiles en la actualidad con unas trescientas sesenta y cuatro plazas¹¹⁴.

2.2. Centros de día y ludotecas

Son centros que ofrecen orientación y apoyo a las familias, favorecen una intervención integral de carácter preventivo que comprende tanto medidas para el desarrollo personal y social de los menores, como para la formación, la orientación familiar y el ocio.

Las ludotecas son centros que completan la formación de los menores a través del fomento de la participación infantil y juvenil, el ofrecimiento de alternativas de ocio y tiempo libre, la promoción de valores, actitudes y comportamientos que favorezcan el desarrollo integral a través del juego y la realización de diferentes talleres y actividades, la educación en la igualdad y la solidaridad, así como la implicación de las personas adultas responsables en dichos objetivos y la conciliación de la vida laboral y familiar.

Los objetivos generales que cumplen las ludotecas sociales son: el desarrollo integral de la personalidad a través de la intervención lúdico-educativa y el desarrollo y apoyo a la socialización y las relaciones del niño con sus iguales. En todos ellos el juego es un factor fundamental.

Las ludotecas trabajan en coordinación con los Equipos de Intervención Familiar¹¹⁵ de los servicios sociales dando prioridad a los menores en situación de mayor vulnerabilidad, a quienes puede favorecer el carácter preventivo de sus actuaciones.

El Ayuntamiento de León ha puesto en marcha tres ludotecas, a las que pueden acudir a niños de edades comprendidas entre los cuatro y los once años¹¹⁶.

¹¹⁴ Así lo recoge el portal de Educación de la página web de la Junta de Castilla y León. (<http://www.educa.jcyl.es/es/admision/admision-escuelas-infantiles-cursar-primer-ciclo-educacion/listado-escuelas-infantiles>)

¹¹⁵ Los EIF ya han sido desarrollados en el Bloque II, apartado 2.4. del presente trabajo.

¹¹⁶ Así lo recoge la página web del Ayuntamiento de León, en el apartado “tu ayuntamiento”, “infancia”, “ludotecas sociales”. (<http://www.aytoleon.es/es/ayuntamiento/areasmunicipales/infancia/Paginas/ludotecasmunicipales.aspx>)

2.3. Centros de protección.

Los centros de protección son definidos por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS y PARDO MARTÍNEZ como “recursos residenciales alternativos a la intervención en un entorno familiar y de carácter predominantemente educativo, organizados para favorecer las condiciones normalizadas de vida de los menores cuya tutela o guarda ha sido asumida por la Administración competente en materia de protección de menores”¹¹⁷. Se trata de centros que ofrecen a los menores el alojamiento, convivencia y educación necesaria para su adecuado desarrollo hasta que sea posible el retorno a su familia o se adopte otro tipo de medida, como puede ser el acogimiento familiar o la adopción.

2.4. Centros de protección o de acogida inmediata.

Similares a los Centros de Protección anteriormente mencionados, los centros de acogida inmediata son aquellos que se caracterizan por acoger a menores durante un breve periodo de tiempo destinado únicamente a analizar su situación psicosocial y familiar.

2.5. Casas-hogares.

Se trata de centros que siguen los patrones habituales que constituyen una unidad familiar de tipo medio. Están ubicados en viviendas totalmente integradas en la comunidad. Cada vez con más frecuencia se apunta hacia la casa-hogar u hogar funcional como opción residencial más adecuada para el menor que se encuentra en situación de desamparo.

Estos centros de carácter residencial pueden destinarse a grupos de edades concretos o presentar programas de intervención específicos. Así, existen diferentes centros residenciales y programas dirigidos a jóvenes, que tratan de promover la autonomía, independencia e integración laboral de los mismos. También están dirigidos a menores de más de doce años que no tienen posibilidad de retorno a su familia de origen, o para los que no ha sido posible el acogimiento familiar o la adopción.

¹¹⁷ Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén y PARDO MARTÍNEZ, Esther, *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*. Comares, Granada, 2010, pág. 65.

2.6. Centros especializados para menores infractores.

La especial atención que deben recibir los menores que han infringido la Ley Penal, lleva aparejado un especial y delicado trabajo de rehabilitación e integración social en centros residenciales de carácter semiabierto o cerrado, según se establezca en la decisión judicial.

Junto a los centros de internamiento, y cuando así lo autorice el Juez de menores, las medidas podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios¹¹⁸. La vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, y favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente.

Estos centros de protección tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, que requieren de una intervención especializada.

La propia Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, advierte en su Preámbulo que estos centros nunca deben concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos.

Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta un marco adecuado para la educación, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado¹¹⁹.

De forma complementaria, las Administraciones Estatal y Autonómicas vienen estableciendo convenios-programa para desarrollar medidas distintas al internamiento

¹¹⁸ Así se recoge en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero que regula la responsabilidad penal de los menores que han cumplido los catorce años.

¹¹⁹ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 17, 2015, ISSN-e 1695-0194, pág. 11.

dictadas por jueces de menores y de capacitación de profesionales de las Comunidades Autónomas¹²⁰.

2.7. Centros de emergencia para menores no acompañados.

El aumento de la llegada de menores no acompañados ha conducido a las Comunidades Autónomas al desarrollo, con el apoyo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, de centros de acogida para estos menores desprotegidos y sin tutela.

Se trata de centros de atención inmediata, de carácter temporal, para menores nacionales de terceros países que llegan a España sin acompañamiento de un adulto que los tenga a su cargo, declarados en situación de desamparo provisional o con resolución de ingreso en centros de protección, dictada por el Ministerio Fiscal o por el Juez de menores.

3. Conclusiones

El tratamiento jurídico y la protección de los menores de edad ha sido un tema tradicional y mayoritariamente abordado desde una perspectiva de Derecho Privado, en concreto, desde el Derecho de Familia. Sin embargo, un análisis desde el enfoque del Derecho Administrativo resulta interesante en un Estado calificado por la propia Constitución como Estado “Social”, en el que cada vez adquiere mayor relevancia el papel que desempeñan las instituciones públicas en todos los aspectos que afectan al bienestar de los ciudadanos.

El ordenamiento jurídico del Siglo XX ha ido reflejando progresivamente un cambio en la perspectiva de la infancia y sus derechos hasta alcanzar una nueva concepción de las personas menores de edad, dotándolas de personalidad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, y de colaborar en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades y las necesidades de los demás.

La protección social del menor, o de la infancia, figura en nuestra Constitución encabezando el Capítulo de los principios rectores de la política social y económica. Desde siempre, la protección de la infancia ha constituido uno de los sectores más importantes, que más ha preocupado a la población y en el que se involucran muchos

¹²⁰ Vid. ALEMÁN BRACHO, María del Carmen, ob. cit., págs. 128 a 130.

ámbitos del Sector Público, como la sanidad, la educación, la seguridad social y los servicios sociales.

Sin duda se trata de uno de los servicios sociales con mayor dinamismo, pues la concepción y modificación del régimen jurídico del menor se encuentra en constante mutación.

Como ha quedado constatado en este trabajo, el contenido de la actual Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, junto con su última modificación, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no constituye simplemente una normativa aplicable a los menores de edad sino un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares, y a todos los ciudadanos en general.

Los conocimientos alcanzados hoy en día gracias a los abundantes estudios e investigaciones realizados, permiten concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la tutela administrativa a la infancia es promover su autonomía como sujetos con capacidad progresiva.

De esta manera podrán ir construyendo una percepción de su situación personal y de su proyección de futuro, en un ambiente garantista y seguro para sus derechos. Este es el gran reto actual y el punto crítico de todos los ordenamientos jurídicos y los programas de promoción y protección de las personas menores de edad.

En un intento de sistematizar la normativa fundamental relativa a la protección jurídica de los menores de edad, podemos afirmar que los Tratados Internacionales de los que España es parte son el punto de partida y deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas nacionales y autonómicas referentes a la materia. Destaca aquí la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual enfatiza en que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, pero con la diferencia de que se encuentran especialmente protegidos y promovidos por su delicada condición de seres

humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial.

En el plano nacional, y tratada en profundidad a lo largo del cuerpo de este trabajo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que parte del ya mencionado art. 39 de la Constitución, despliega todo tipo de mecanismos ideados para otorgar el más alto grado de protección que se ha concebido hasta nuestros días.

En primer lugar regula los principios generales de actuación frente a las distintas situaciones de desprotección social de los menores de edad, las situaciones de riesgo y desamparo, incluyendo la obligación de la Entidad Pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los servicios sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley. De igual modo, se establece la obligación de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos, no solo como obligación de la Entidad Pública, sino también como obligación exigible a toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor.

De entre todos los principios y criterios generales que la Ley recoge, en el trabajo se han expuesto algunos de importancia prioritaria. Así, debe mencionarse la primacía del interés superior del menor, entendido como la consideración preferente del posible beneficio que cualquier actuación pública pueda propiciar al menor en su caso concreto, directa o indirectamente, en relación con la cobertura de sus necesidades y la garantía de sus derechos, con la consecución particular de su desarrollo armónico y pleno, con la adquisición de su autonomía personal, y con la facilitación de su integración familiar y social.

Otro principio fundamental, en el ámbito específico y concreto de la acción protectora, es el de la subsidiariedad progresiva de la intervención administrativa respecto a las obligaciones familiares. Efectivamente, junto al contexto normalizado de desarrollo del niño que representan los padres o tutores, el grupo familiar entendido como entorno de apoyo y ayuda, los sistemas públicos de salud, educación, acción social y justicia, y, finalmente, los servicios especializados de protección, constituyen niveles subsiguientes de activación simultánea o sucesiva cuando los anteriores devienen insuficientes para asegurar la adecuada atención del menor y el pleno ejercicio de sus derechos.

En el mismo ámbito pueden destacarse otros principios entre los expresamente proclamados en la Ley, como el carácter técnico, colegiado e interdisciplinar en la toma de decisiones, la individualización en la determinación y desarrollo de las medidas y actuaciones, la garantía de seguridad jurídica, confidencialidad y reserva, el mantenimiento del menor en el entorno natural próximo y la prioridad de la intervención en el núcleo familiar, la consideración progresiva de su opinión o su participación acorde con las propias capacidades.

Puede calificarse como de innovadora la distinción que esta Ley proclama, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre el riesgo y el desamparo, las cuales dan lugar a un grado distinto de intervención de la Entidad Pública, en función de una u otra. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la separación del menor de la familia, la intervención pública se concreta en la asunción de la tutela del menor por la Administración competente y la consiguiente suspensión de la patria potestad de sus padres o tutores.

Subyace a lo largo de la Ley la preocupación por agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que éste no quede indefenso o desprotegido en ningún momento. En definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de una excesiva rigidez y formalidad de los mismos, intentando siempre que prevalezca su mejor beneficio.

También predomina en todo el texto la obligada intervención del Ministerio Fiscal, ampliando los cauces de actuación de esta institución, a la que su propio Estatuto atribuye la función de representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal.

Como medida esencial ante las explicadas situaciones en que puede encontrarse el menor, la Ley recoge tres tipos de acogimiento. El acogimiento simple, cuando se dan

las condiciones de temporalidad en las que es relativamente previsible el retorno del menor a su familia. El acogimiento permanente, en aquellos casos en los que la edad u otras circunstancias del menor o su familia aconsejen dotarlo de una mayor estabilidad, ampliando la autonomía de la familia acogedora respecto a las funciones derivadas del cuidado del menor, mediante la atribución por el Juez de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. También se recoge expresamente la modalidad del acogimiento preadoptivo, a través de la formalización de un acogimiento con esta finalidad, bien sea porque la entidad pública eleve la propuesta de adopción de un menor o cuando considere necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia antes de elevar al Juez dicha propuesta. A su vez destacan las modalidades de acogimiento en familia extensa, en el que los acogedores son los miembros de su propia familia, o acogimiento en familia ajena, cuando la propia familia del menor, incluida la familia extensa, no es idónea o no puede hacerse cargo del mismo.

Finalmente, en materia de adopción, la Ley introduce la controvertida exigencia del requisito de la idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciada por la Entidad Pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso.

A su vez La Ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

Así, para contribuir a la creación de las condiciones más favorecedoras y para afianzar la pretensión de establecer un marco normativo de carácter general que garantice a los niños y adolescentes de la Comunidad de Castilla y León el ejercicio y desarrollo de la totalidad de los derechos que les corresponden, se dicta en nuestra Comunidad la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

Dicha Ley se fundamenta en las competencias exclusivas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de acción social, servicios sociales, protección y tutela de menores, y promoción y atención de la infancia, la juventud y la familia, que aparecen como tal formuladas en el propio Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Siendo una de las normativas autonómicas más completas y protectoras en comparación con las del resto de Comunidades Autónomas, cabe destacar, entre otras cuestiones, el amplio catálogo de derechos de los menores de edad que establece, entendidos como de especial protección y promoción mediante la articulación de políticas integrales que los garanticen.

Declara además el carácter prioritario de las actuaciones de prevención, correspondiente a las Entidades Locales, entendiendo que la evitación de las causas que originan cualquier desprotección debe ser considerada por todas las Administraciones y entidades como objetivo primero al que dirigir su atención y sus esfuerzos, desde sus respectivas competencias y responsabilidades.

De particular interés resulta la distinción que la Ley hace entre medidas y actuaciones de protección. Esta separación, basada en la discriminación acerca de la intensidad de la intervención, del mayor o menor grado de intromisión que la misma conlleva en la esfera del menor y de su familia, y de las garantías jurídicas que resultan exigibles como consecuencia de todo lo anterior, supone la consideración de dos niveles de acción diferenciados, el riesgo y el desamparo.

La Ley delimita de forma más precisa que la ley estatal, todas las situaciones de desprotección, disminuyendo así la discrecionalidad en su apreciación. De esta forma, junto a la determinación e identificación de las situaciones de desamparo, avanza también una conceptualización de las situaciones de riesgo, y un catálogo de las mismas que, aunque no constituye una relación exhaustiva, sí contribuye a acotarlas.

También aborda expresamente las cuestiones relativas a la cooperación y colaboración interadministrativa, la participación social y la coordinación de actuaciones, principios vitales para alcanzar la protección total y efectiva que se pretende.

Como conclusión final del trabajo, puede desprenderse el efecto positivo que ha supuesto la articulación legal de un completo régimen de protección dirigido a los menores de edad, el cual constituye un factor primordial para nuestra sociedad y se revela como una condición especialmente relevante para su progreso, ya que en la etapa de la infancia y la adolescencia se asientan los cimientos de la personalidad que

adoptará el sujeto en su etapa adulta, y ello a través de las experiencias que irá viviendo dentro de su proceso madurativo.

Serán los factores de esta etapa los que definirán qué tipo de futuro será capaz de construir una generación. Por eso es importante que los poderes públicos lo tengan muy presente y se esfuercen en garantizar que, por el bien de todos, el acceso a una infancia digna y satisfactoria sea realmente uno de los derechos humanos más inviolables.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN BRACHO, María del Carmen, Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España, *Revista de Derecho Político*, Nº 90, 2014, ISSN 0211-979X.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. ^a Isabel, *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares*, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.
- BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, Nº. 3, 2012. ISSN-e 2174-7210.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa, *Instituciones protectoras del menor: (especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 1, vol. I, Madrid, 1987.
- CASTELLÁ ANDREU, Josep, *Derecho Constitucional básico*. Barcelona: Huygens, 3^a ed., ISBN 978-84-15663-63-8.
- DE PALMA, Ángeles, *El Derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores*, Cuadernos de derecho local, Número 4, 2004, ISSN 1696-0955.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2013.
- EKKEHART STEIN, *Derecho Político*, Madrid, 1973.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992.
- HOWARD, William, *El interés del niño y adolescente en las crisis familiares, Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, 2008.
- IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*. Tesis doctoral dirigida por José Manuel Lete del Río. Árbol académico. Universidad de Santiago de Compostela, 1995.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José, Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 17, 2015, ISSN-e 1695-0194.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, Derecho de familia, Trivium, Madrid 2000, ISBN 84-7248-993-0.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo*, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010.
- MARTÍNEZ AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, 2015.
- MORO BONILLO, Esther, *La voluntad del menor en el cambio de custodia*, *Revista de derecho de familia*, núm. 57, 2012.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia, Los derechos fundamentales y la ley de protección del menor. *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 22, 1996. ISSN 0213-5795.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, La adopción en el sistema vigente de protección de menores, *Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, 2001, ISBN 84-344-2636-6, págs. 155 a 175.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores*, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en*

- la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, Universidad de La Coruña, 1999.
- POLAINO LORENTE, Aquilino, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ariel Educación, Madrid, 2001, ISBN 84-344-2636-6.
 - RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional, en Derecho privado y Constitución*, núm. 7, 1995.
 - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*. Vol. 3, 2000, ISBN 84-8240-432-6.
 - RODRÍGUEZ HOYOS, Pablo, Red Centinela del sistema de protección a la infancia, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, Nº. 29, 2014, ISSN 2647-5375.
 - SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén y PARDO MARTÍNEZ, Esther, *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*. Comares, Granada, 2010.
 - SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*. Tirant lo Blanch. 1989. ISBN 84-86558-46-8.
 - SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a Olga, Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Nº. 10, 2017. ISSN 1888-3214.
 - TAMAYO HAYA, Silvia, El interés del menor como criterio de atribución de la custodia, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008.
 - TAMAYO HAYA, Silvia, La custodia compartida como alternativa legal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 83, Nº 700, 2007. ISSN 0210-0444.
 - TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, 1992.
 - VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo*. Centenario del Código Civil (1889-1989), Vol. 2, 1990, ISBN 84-87191-42-X.
 - VARELA GARCÍA, Carlos, *Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor Principios programáticos y normas de conflicto*, Nº 1, 1997, ISSN 0213-7100.
 - VARGAS CABRERA, Bartolomé, *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor*” en La desprotección social de los menores y las instituciones de

amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor: jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, Árbol académico, 1997, ISBN 84-89694-92-3.

- VERDERA SERVER, Rafael Antonio, Adopción y principio de igualdad: (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo), *Derecho privado y Constitución*, Nº 13, 1999, ISSN 1133-8768.

ANEXO I. JURISPRUDENCIA.

- Tribunal Constitucional

STC 33/1981, de 5 de noviembre.

STC 107/1984, de 23 de noviembre.

STC 36/1991, de 14 de febrero.

STC 143/1990, de 26 de septiembre.

STC 141/2000, de 29 de mayo.

STC 4/1982, de 8 de febrero.

- Tribunal Supremo

STS de 20 de abril de 1987.

STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto.

STS 582/2014, de 27 de octubre.

- Tribunal Superior de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996.

- Audiencia Provincial

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

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996.

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

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002.

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002 (2002/1156)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002 (2002/1156)

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517)

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2002 (AC 2002/1225)

Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de diciembre de 2002 (AC 2002/379)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286398)

Auto de la Audiencia Provincial Cantabria de 24 septiembre de 2002 (JUR 2003/8154)

Auto de la Audiencia Provincial Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517).

ANEXO II. LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.
- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, que reforma el Estatuto de Autonomía de Castilla y León.
- Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.
- Ley 2/1995, de 6 de abril, por la que se crea la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

ANEXO III. ESTADÍSTICAS¹²¹

Menores de edad atendidos en el sistema de atención y protección a la infancia en Castilla y León.

Provincia	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
ÁVILA	301	352	371	371	509	382	413	517	606	790
BURGOS	643	1.144	1.332	1.581	1.643	1.370	1.652	1.787	1.861	2.001
LEÓN	774	1.032	1.075	1.131	1.261	1.420	1.150	1.250	1.426	1.508
PALENCIA	587	631	554	499	534	566	593	670	582	556
SALAMANCA	452	515	580	559	552	720	773	1.006	855	741
SEGOVIA	409	580	583	547	725	799	779	813	845	886
SORIA	159	191	150	262	243	334	349	437	389	437
VALLADOLID	685	968	1.029	971	1.030	991	1.014	1.159	1.183	1.242
ZAMORA	398	390	412	426	441	428	506	529	575	527
TOTAL	4.408	5.803	6.086	6.347	6.938	7.010	7.229	8.168	8.322	8.688

Apoyo a las familias de menores de edad en riesgo en Castilla y León.

Provincia	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
ÁVILA	210	232	255	273	389	250	275	375	432	605
BURGOS	462	922	1.061	1.304	1.380	1.133	1.381	1.505	1.593	1.727
LEÓN	359	604	640	725	835	955	653	733	920	972
PALENCIA	385	456	397	339	388	428	437	501	406	390
SALAMANCA	206	267	307	307	315	479	528	773	598	486
SEGOVIA	299	468	477	464	658	709	669	698	714	749
SORIA	120	141	98	188	184	269	266	347	293	350
VALLADOLID	438	720	796	745	776	750	797	899	922	971
ZAMORA	289	271	257	279	299	279	355	400	427	391
TOTAL	2.768	4.081	4.288	4.624	5.224	5.252	5.361	6.231	6.305	6.641

¹²¹ Estadísticas realizadas por los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León con datos reales de cada provincia recopilados entre los años 2007 a 2016.

([https://serviciosociales.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100/1131977375658/ / /](https://serviciosociales.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100/1131977375658/))

Menores protegidos y tutelados en Castilla y León.

Provincia	2007		2008		2009		2010		2011	
	Protegido	Tutelado								
ÁVILA	91	85	120	110	116	104	98	90	120	112
BURGOS	181	124	222	177	271	205	277	208	263	180
LEÓN	415	218	428	225	435	258	406	250	426	290
PALENCIA	202	91	175	101	157	103	160	94	146	87
SALAMANCA	246	100	248	134	273	174	252	167	237	161
SEGOVIA	110	78	112	79	106	88	83	63	67	46
SORIA	39	37	50	37	52	36	74	58	59	55
VALLADOLID	247	136	248	169	233	176	226	172	254	167
ZAMORA	109	88	119	98	155	105	147	118	142	111
TOTAL	1.640	957	1.722	1.130	1.798	1.249	1.723	1.220	1.714	1.209

Provincia	2012		2013		2014		2015		2016	
	Protegido	Tutelado								
ÁVILA	132	123	138	115	142	118	174	141	185	154
BURGOS	237	176	271	180	282	190	268	164	274	163
LEÓN	465	328	497	377	517	408	506	388	536	395
PALENCIA	138	106	156	106	169	96	176	102	166	107
SALAMANCA	241	179	245	185	233	184	257	192	255	190
SEGOVIA	90	75	110	80	115	69	131	72	137	90
SORIA	65	52	83	70	90	63	96	65	87	65
VALLADOLID	241	167	217	165	260	176	261	192	271	185
ZAMORA	149	110	151	103	129	103	148	115	136	99
TOTAL	1.758	1.316	1.868	1.381	1.937	1.407	2.017	1.431	2.047	1.448

Menores acogidos en Castilla y León.

	En familia ajena	En familia extensa	TOTAL
2007	239	399	638
2008	263	419	682
2009	286	470	756
2010	300	453	753
2011	306	458	764
2012	337	482	819
2013	403	495	898
2014	437	490	927
2015	440	472	912
2016	475	486	961

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Residencial	49%	48%	42%	39%	33%	36%	38%	38%	38%	39 %
Familiar	51%	52%	58%	61%	67%	64%	62%	62%	62%	61 %

Menores nacionales adoptados en Castilla y León.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Solicitudes	72	99	157	253	289	230	215	156	151	149
Niños para los que se selecciona familia	40	46	80	69	64	65	64	52	63	44

Menores extranjeros adoptados en Castilla y León.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Solicitudes	389	335	275	268	145	73	49	38	24	29
Niños para los que se selecciona familia	203	185	149	152	152	110	96	57	53	21