



universidad
de león

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Curso 2015/2016

LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

(MINOR'S HELPLESSNESS SITUATION)

Realizado por la alumna D^a Cristina Campelo López

Tutorizado por la Profesora D^a Marta Ordás Alonso

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
OBJETO DEL TRABAJO	6
METODOLOGÍA	7
I. INTRODUCCIÓN	9
II. CONCEPTO DE DESAMPARO	15
III. SITUACIONES QUE DARÁN LUGAR A DESAMPARO	20
IV. PARTICULARES CIRCUNSTANCIAS A LAS QUE SE REFIERE EL ART. 18 LOPJM.	21
a) El abandono del menor	22
b) Negativa o imposibilidad de hacerse cargo del menor tras la guarda voluntaria	23
c) Riesgo para la vida, salud e integridad	24
- Malos tratos físicos graves.	24
- Abusos sexuales.	25
- Negligencia grave en las obligaciones alimentarias y de salud	27
- Menor víctima de trata de seres humanos	29
- Consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas por parte del menor.....	30
- Perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal	31
d) Riesgo para la salud mental, integridad moral y desarrollo de la personalidad	32
- Maltrato psicológico continuado	32
- Falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas y educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores.	33
e) Incumplimiento de los deberes de guarda	35
f) Inducción a mendicidad, delincuencia o prostitución	35
g) Ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada	36
h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial	38

V. SITUACIONES QUE NO DAN LUGAR A DESAMPARO	40
a) La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores	40
b) Imposibilidad de separar a un menor de sus progenitores por causa de discapacidad	42
VI. LA EXISTENCIA DE UN HERMANO EN DESAMPARO	43
VII. COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA DECLARACIÓN DEL DESAMPARO.	44
VIII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DECLARAR EL DESAMPARO DEL MENOR.	46
IX. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO	52
X. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DESAMPARO	56
XI. LAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE PADRES O TUTORES FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.	58
XII. EL DERECHO A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON LA FAMILIA	61
XIII. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS Y LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO.	64
XIV. RETORNO DEL MENOR A SU FAMILIA BIOLÓGICA.	66
XV. CONCLUSIONES	74
XVI. BIBLIOGRAFÍA	77
ANEXO JURISPRUDENCIAL.	82
ANEXO DE LEGISLACIÓN	86

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LRJAP-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común
MF	Ministerio Fiscal
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

RESUMEN

En el presente trabajo se lleva a cabo una reflexión acerca de la protección de los menores en situación de desamparo en España. Primeramente se trata de conocer qué se entiende por desamparo para así poder realizar una conceptualización de la figura de desamparo en base al Código Civil y a la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor recientemente reformada. Partiendo del hecho de que la situación de desamparo de un menor supone la intervención de los poderes públicos, se analizará las consecuencias que suponen la potestad que tiene la Administración para declarar el desamparo de un menor así como el desarrollo del proceso y el papel que tiene el interés superior del menor en el mismo. Por otro lado el objetivo de este estudio es el análisis de los principales problemas que se dan en la práctica a la hora de declarar el desamparo poniendo de relieve la problemática que conlleva el cambio de circunstancias en los progenitores y el posible retorno del menor a su núcleo familiar de origen.

ABSTRACT

In the present essay a reflection will be made on the minor's helplessness and their protection in the Spanish territory. Firstly we seek to know what is understood by neglect situation and this way to be able to do a conceptualization of the helplessness figure based on the Civil Code and the recently reformed Juridical Protection of the Minor Organic Act. Starting from the fact that a child in helplessness situation justifies the intervention of public authorities, the consequences that the Administration power to declare the neglect of a minor there will be analyzed as well as the development of the process and the role that has the best children's interests in the same one. On the other hand the target of this study is the analysis of the main problems that happen in practice at the time of declaring the neglect as well as to highlight the problems that bears the change of circumstances in the parents and the possible comeback of the minor to its familiar origin nucleus.

Palabras clave: Administración Pública, Interés superior del menor, Menor, Situación de desamparo.

Keywords: Public Administration, Children's best interests, Minor, Helplessness situation.

OBJETO DEL TRABAJO

El objetivo que se persigue con el presente trabajo es la realización de un estudio global de la situación de desamparo de los menores, ya que estos constituyen un sector vulnerable de la sociedad necesitado de protección. Este estudio comprende, en primer lugar, el análisis del concepto así como de las diferentes situaciones que la Ley señala serán susceptibles de provocar una intervención de la Administración desencadenante de la declaración de desamparo de un menor así como aquellas que en ningún caso podrán suponer dicha declaración.

Asimismo, constituye objeto de trabajo el análisis de la capacidad de la Administración para declarar en desamparo a los menores y el procedimiento que se debe seguir al respecto, los efectos que provocará así como su posterior inscripción en el Registro Civil. Es necesario hacer también una referencia a la posibilidad con la que cuentan los progenitores de oponerse a la resolución de la Administración así como a la posibilidad de solicitar su revocación por un cambio de circunstancias.

Otro bloque que merece un análisis es el mantenimiento de relaciones personales del menor con la familia de origen para el caso en el que se mantenga la declaración administrativa de desamparo.

No están exentos de problemática los temas anteriormente mencionados, por ello es necesario poner de relieve las principales dificultades que se presentan en la práctica. La primera de ellas viene dada por la compleja tarea que supone determinar si una concreta situación es susceptible de producir desamparo, pues, si bien la Ley enumera las situaciones que provocarán la declaración administrativa de desamparo, muchos aspectos de las mismas quedan sin concretar. Igualmente problemática es la evaluación de los cambios producidos en el seno familiar y la posibilidad de que estos supongan un retorno de menor con su familia de origen. Por último, abordaremos la creciente problemática entorno a la responsabilidad de la Administración en situaciones de imposibilidad de retorno del menor.

METODOLOGÍA

La realización del presente trabajo, al tratarse de un estudio teórico y no de campo, se ha llevado a cabo en base al método analítico y descriptivo, realizando un estudio de las fuentes y la regulación del Derecho de familia y, más concretamente, la protección de menores y su declaración de desamparo, haciendo hincapié en el régimen jurídico actual.

He analizado en primer lugar la Ley, para continuar consultando diferentes monografías así como artículos de revistas y variados materiales informativos acerca de la materia que es objeto de estudio en este trabajo.

Ha sido posible contar con los documentos anteriormente señalados gracias al material facilitado desde el Área de Derecho Civil así como aquellos presentes en el catálogo de la Biblioteca de la Universidad de León. De igual manera bases de datos como Dialnet y Aranzadi Digital han supuesto una gran ayuda la hora de encontrar la diversa bibliografía.

Siguiendo las recomendaciones y consejos de la tutora, una vez realizada la búsqueda de los diferentes documentos procedí a realizar una selección de los más adecuados para la realización de mi trabajo basándome en el contenido de los mismos así como en la estructura que presentaban y su redacción.

Teniendo ya decidido cuáles eran los textos de utilidad, procedí a su lectura y comprensión para poder desarrollar un estudio sobre los mismos y así poder destacar y valorar lo más importante de cada uno de ellos, con el objetivo de poder realizar una composición del conocimiento de los diferentes autores.

Una vez contaba con una visión general del trabajo, desarrollé un índice en el cual se encuentran los aspectos principales del trabajo. Dicho índice está formado por diecisiete apartados, a los que hay que añadir dos anexos correspondientes a la Jurisprudencia y a la legislación.

Conforme fui analizando el material con el que contaba, el trabajo se fue desarrollando y aumentando en su redacción, añadiendo a la parte teoría una parte práctica que en el caso de mi trabajo viene dada por la Jurisprudencia, que permite observar la diferente casuística en lo que a desamparo de menores se refiere.

Teniendo ya un primer borrador del trabajo, este fue entregado a la tutora a fin de que me hiciese saber los fallos de los que adolecía el documento, siendo estos tanto de contenido como de forma. Siendo consciente de todas las indicaciones que me realizó la tutora, me dediqué a modificar cuantos aspectos me había señalado que no eran correctos.

Una vez finalizado el trabajo, era necesario hacer un repaso en profundidad del mismo y realizar las últimas modificaciones del texto. En último lugar redacté las conclusiones, las cuales no suponen un simple resumen de lo expuesto sino que pretenden dotar al trabajo de una visión personal y realizar una reflexión de los aspectos más destacados abordados anteriormente.

A todo lo señalado es necesario añadir el apoyo con el que he contado en todo momento así como la disponibilidad, los consejos y comentarios de mi tutora, los cuales sin duda han repercutido para obtener un resultado lo más satisfactorio posible.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de lo que cabría desear, el desamparo de los menores es un tema de candente actualidad. No en vano, reiteradamente los medios de comunicación se hacen eco de numerosos casos en los cuales se discute sobre el mismo concepto de desamparo y, sobre todo, cuáles son los límites a la hora de declarar una situación como susceptible de provocar el desamparo de un menor. Así, no es posible olvidar los casos del "niño del Royo", "las niñas de Dos Hermanas" o la "niña de Benamaurel". Más recientemente, son casos como los "niños de la Carolina", "el niño Telmo" o "JC" los que ponen de relieve la realidad que el desamparo de menores supone en nuestro país.

A la hora de abordar desde un punto de vista jurídico el objeto de estudio es indudable que debemos partir de la Constitución Española de 1978, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Es el Título I, Capítulo III de los principios rectores de la política social y económica y, en particular, el artículo 39 el que consagra la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar la "protección social, económica y jurídica de la familia"¹. Más en concreto, los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, quienes gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos². Por último, el mencionado precepto constata el derecho de los niños a gozar de la protección prevista por los acuerdos internacionales³.

Desarrollando dicho artículo se promulgó la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que, en su Exposición de Motivos, por lo que al ámbito de nuestro estudio interesa, se encarga de señalar como principio general el interés superior del menor así como los principio de agilidad e inmediatez de los

¹ Es necesario entender el concepto de familia en sentido amplio, ya que la doctrina constitucional ha pretendido abarcar su forma más amplia dado que existe una cultura que comprende los "diversos aspectos de la convivencia familiar". GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y a la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Colección de Estudios de Derecho, Murcia, 2003, p 229.

² Entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, así como la Convención también de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Debe destacarse también el Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, de 28 de mayo de 2010, así como Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 .

³ ÁLVAREZ VÉLEZ (en: *La Protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Edisofer, Madrid, 1994, p 151) señala la utilización por este artículo de dos conceptos con repercusión jurídica, de una parte hijo y de otra niño, con este último la CE ha querido realizar una referencia a la totalidad de la infancia.

procedimientos. La Ley también se refiere al deber de actuación e información a las autoridades que tienen aquellas personas que localicen situaciones que puedan dar lugar a un posible desamparo de un menor. A lo largo de su articulado pone de manifiesto la diferenciación de la situación de desamparo con la situación de riesgo, disyuntiva a la que nos referiremos en las páginas siguientes.

La citada Ley se encarga de regular, además de los derechos de los menores, las actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores, entre las que encontramos un desarrollo de la regulación que el Código Civil hace de la tutela, de la guarda, del acogimiento, y de la adopción.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación de Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia introdujeron importantes reformas en el Ordenamiento Jurídico español en materia de protección de menores con la finalidad de adaptarse a los cambios sociales que repercuten en su situación producidos en los casi veinte años que han pasado desde la publicación de la Ley 1/1996, y ello a través de la modificación de más de setenta artículos. Por lo que ahora nos interesa, fueron modificados tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil y la LOPJM.

La reforma llevada a cabo el pasado verano tiene como objeto la introducción de las modificaciones necesarias con respecto a la regulación que de la protección de la infancia y adolescencia hacen nuestras leyes para poder seguir posibilitando a los menores una defensa de sus derecho uniforme en todo el Estado así como una guía para el desarrollo que de esta materia llevaban a cabo las Comunidades Autónomas⁴.

Como trataremos posteriormente, con respecto a la LOPJM las modificaciones vienen guiadas por la búsqueda de una adaptación de la actuación administrativa con respecto a las necesidades básicas de la infancia y la adolescencia entre la que podemos destacar la situación de los menores extranjeros o de aquellos menores que son víctimas de violencia tanto violencia infantil como en un contexto de violencia de género. Se considera la Ley 26/2015 como una ley garantista cuyo principal objetivo viene constituido por la protección del menor en todos los ámbitos que pueden implicar para

⁴ Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación de sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

él una situación de vulnerabilidad⁵. Por ello, tal y como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, podemos señalar que se produce "una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección de la infancia y la adolescencia".

De igual forma, el CC ha sufrido modificaciones en su articulado en materias tales como la comunicación y las visitas de los menores sometidos a tutela o guarda, la guarda provisional, las modalidades de acogimiento, la tutela ordinaria de menores y otras muchas reformas en lo que a la institución de la adopción se refiere.

Analizando en concreto el art. 172, se ha producido en el mismo una modificación sustancial tanto de forma como de fondo. Este precepto ha pasado de constituir un solo artículo a dar lugar a tres diferentes (172, 172 bis y 172 ter), relativos al desamparo, a la guarda voluntaria y al acogimiento, respectivamente. Si bien la nueva redacción del art. 172 en el término de desamparo no ha supuesto cambio alguno, se encuentra más concretado gracias a la nueva redacción del art. 18.2 LOPJ⁶.

No debemos pasar por alto el desarrollo legislativo que las CCAA han llevado a cabo gracias a la atribución de competencias que les otorga el art. 148.1.20 CE en lo que a asistencia social se refiere. En lo que respecta a nuestra Comunidad Autónoma, se ocupan de regular la materia la Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia, el Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo y el Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo y desamparo.

Para concluir esta breve introducción, resulta imprescindible efectuar una somera referencia tanto al interés del menor como al derecho que éste tiene a ser oído y escuchado, dado que toda medida que se adopte en materia de protección de menores deberá tomar en consideración ambos. En concreto, como indica MUÑOZ GARCÍA la garantía del interés del menor es el objetivo principal de las últimas reformas llevadas a

⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "Ley Orgánica de de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés", *Diario La Ley*, n 8590, 2005, p 4.

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La guarda y el acogimiento de menores", *Aranzadi digital*, n 9, 2015, p 1 (BIB 2015\4802).

cabo en lo que a la infancia y la adolescencia se refiere⁷. Interés del menor que no podrá ser adecuadamente valorado si previamente no es oído y escuchado.

La LOPJM se refiere al interés superior del menor en su art. 2, estableciendo unos criterios generales que junto con los propios de cada caso permitirán ponderar la situación⁸.

En concreto, por lo que al tema objeto del trabajo interesa, los siguientes:

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

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. El art. 9 LOPJM hace referencia al derecho del menor a ser oído y escuchado. Ahora bien, conviene detenernos en analizar cuál es el grado de vinculación para el juez que tiene la opinión de los menores en estos casos.

En este sentido, la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 14 de mayo de 2015 (353/2015) hace referencia al art. 12 de la CDN, que señala el derecho de manifestar su parecer libremente en todos los asuntos que le incumban⁹. Sin embargo, establece la citada Sentencia que tal derecho no supondrá forzosamente adoptar la medida expresada por el menor, sino que lo el juez tendrá que tener en cuenta es el interés del menor que no siempre coincidirá con el deseo de este.

⁷ MUÑOZ GARCÍA, C.: "Anteproyecto de Ley de Protección de la infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme", *Diario La Ley*, n 8342, Sección Tribuna, 2014. Ref. D-214, p 8.

⁸ Tal y como señala LÁZARO GONZÁLEZ (en: "La reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *SEPIN*, 2015, p 3 (SP/DOCT/18970), que la LOPJM reconozca este concepto supone la posibilidad de exigirlo al mismo tiempo que funciona como un criterio interpretativo que supone la homogeneidad de pareceres y evita la posición de arbitrio del juez.

⁹ En el mismo sentido, la STS (Sala Civil) de 9 de octubre de 2015 (4084/2015) que pesar de resolver sobre un caso de divorcio y guarda y custodia, puede ser aplicada al caso ya que establece que aunque la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta, se debe utilizar otros criterios que permitan determinar cuál es la medida más favorable para el menor, la cual no siempre coincidirá con lo expresado por este.

La SAP Huelva (Sección 3ª) de 11 de junio de 2015 (JUR\2015\272750), una vez escuchada la opinión del menor, falla en sentido contrario a lo expresado por él ya que considera que una vez valorado el informe psicosocial la medida adoptada es la más adecuada en aras de proteger su interés superior.

Por lo tanto, lo establecido en el art. 9 LOPJM es necesario interpretarlo de manera que, aunque se permita y tenga en cuenta la opinión del menor, prime el interés del mismo (art. 2 LOPJM).

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

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual 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.

El art. 2.3 es el encargado de enumerar los criterios de ponderación con que se deberán valorar los elementos señalados anteriormente. Se tendrá en cuenta la edad y madurez, la garantía de su igualdad y no discriminación, el transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de integración y desarrollo en la sociedad, la preparación para la transición a la edad adulta y cualesquiera otros fundamentos que se puedan derivar del caso concreto. El citado apartado concluye con la presión de la necesidad de valorar todos los elementos anteriormente citados y la necesidad de interpretarlos según los criterios de necesidad y proporcionalidad.

De igual forma, el principio del interés superior del menor es un tema que cuenta con una extensa Jurisprudencia¹⁰. Entre las más recientes, la Sentencia del Tribunal

¹⁰ Con anterioridad a las reformas acontecidas en 2015, el Tribunal Supremo se había pronunciado sobre el interés superior del menor, siendo las Setencias dictadas por él un elemento base a la hora de realizar la reforma de la LOPJM, tal y como señala RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (en: "Últimas reformas de las instituciones privadas de la protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Aranzadi Digital*, n 3, 2016, p 2 (BIB 2016/862)).

Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de marzo de 2016 (170/2016) señala que el interés superior del menor puede extraerse tanto de la legislación estatal como de la autonómica e internacional y define este interés superior como un concepto jurídico indeterminado que puede ser entendido como “desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”.

El interés superior del menor también es tratado en la Observación general N°14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas. Dicho documento señala una triple dimensión del concepto¹¹: 1º constituye un derecho sustantivo; el menor tiene derecho a que sea su interés el criterio esencial a la hora de decidir acerca de cualquier asunto que le afecte. 2º Supone un principio jurídico interpretativo, de tal forma que si un precepto cuenta con varias interpretaciones, se escogerá aquella que favorezca más al interés del menor. 3º Es una norma de procedimiento, que supone que en cualquier caso que se deba emitir un dictamen acerca de una situación que afecte al menor, se deberá tener en cuenta las consecuencias que se puedan producir sobre el niño.

En mi opinión, el uso que se hace, en gran parte de los casos, del interés superior del menor es cuestionable puesto que amparados en tal se justifica la toma de medidas, no siendo la alusión al interés superior del menor eximente de la existencia de una motivación. Asimismo, da la sensación de que, a pesar de los amplios esfuerzos de los

A efectos ejemplificativos, cabe hacer una referencia a la STS de 1 de julio de 2009 (565/2009) la cual señala que a falta de una mayor precisión del interés superior del menor corresponde al juez "llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho". El pronunciamiento de la Sentencia seguía la senda marcada por la doctrina, en tanto que entendía la necesidad de encontrar criterios que permitieran delimitar en qué consiste el interés del menor. Al igual que la doctrina científica entendía como posibles máximas de experiencia: a) el medio más idóneo para el menor, b) sus deseos, sentimientos y opiniones, c) mantenimiento de la residencia y entorno personal, d) personalidad, afectividad y creencias religiosas tanto de su entorno actual como potencial, e) riesgos de la situación actual así como de la posible decisión futura, f) perspectivas personales, profesionales e intelectuales del futuro del menor.

Por ello, si analizamos la Sentencia del TS y la comparamos con la actual regulación que del interés del menor hace la LOPJM podremos observar numerosos puntos en común, lo cual no hace más que acentuar la consideración que de la Jurisprudencia del Alto Tribunal tuvo el legislador a la hora de regular esta materia.

¹¹ Así aparece reflejado en la SAP Coruña (Sección 3ª) de 18 de febrero de 2016 (73/2016).

legisladores por dotar al interés superior del menor de un contenido real, este no da sus frutos puesto que no ha llegado a quedar concretado en qué consiste realmente y parece que frecuentemente es utilizado según lo que convenga más a la Administración.

II. CONCEPTO DE DESAMPARO

No fue sino hasta la entrada en vigor de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican art. del CC y de la LEC en materia de adopción cuando se introduce en el Ordenamiento Jurídico español el concepto de desamparo. Término que viene a sustituir al “abandono” que tenía una clara connotación de adoptabilidad para el menor.

Es el art. 172.1 II CC el dedicado a conceptualizar la situación de desamparo entendiendo por tal la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Gracias a la reforma de la LOPJM llevada a cabo en 2015, contamos en nuestro Ordenamiento Jurídico con una regulación estatal del término desamparo más completa, ya que si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, ha quedado más definida gracias a la plasmación en una norma con rango legal de la doctrina jurisprudencial así como de las previsiones autonómicas.

Del tenor literal del art. 172.1 II se deriva la necesaria concurrencia de 3 requisitos para que un menor puede ser declarado en desamparo¹² :

1º La infracción de las obligaciones propias de aquellos que ostentan la patria potestad, ya sea de manera completa o de forma parcial. Es indiferente si esta viene motivada por la voluntad o no de los padres, los guardadores o los tutores.

2º La carencia continuada de asistencia material o moral.

¹² BOCCIO SERRANO, J.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Universidad de Sevilla, 2014, p 178; ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Aranzadi Civil*, 2016 (en prensa).

3º La existencia de una relación de causalidad entre la infracción de las responsabilidades correspondientes a la patria potestad y la falta de asistencia material o moral, de manera que esa inexistencia de asistencia material o moral venga debida al incorrecto desempeño de las obligaciones anteriormente señaladas.

A los tres requisitos anteriores, considero, cabe añadir el carácter no transitorio de la situación de desamparo¹³. Ello no viene a significar la duración indefinida del desamparo, sino que es necesario cerciorarse de que la situación no es pasajera sino que existen previsiones de que se prolongue en el tiempo, comprobar que las circunstancias de los progenitores para hacerse cargo del cuidado y proporcionar una asistencia moral y material a los menores suponen una incapacidad que no meramente temporal o pasajera¹⁴.

Sin embargo, el tenor literal del precepto no nos permite obtener una definición precisa del desamparo y por ello debemos remitirnos al art. 18.2 LOPJM en la redacción dada por la Ley 26/2015. Dicho artículo será posteriormente analizado y nos permitirá delimitar cuáles son las situaciones que colocan a un menor en situación de desamparo.

A la hora de interpretar el segundo de los requisitos expuestos, surgen dos posiciones doctrinales a las que denominaré tesis objetiva y tesis subjetiva¹⁵. La principal diferencia entre ambas se encuentra en lo que cada una de ellas entiende por desamparo. La primera de ellas¹⁶ sostiene que lo principal es la existencia de una desatención, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, por lo cual siempre que el menor tenga dicha asistencia no procederá declarar la situación de desamparo, no importando por quién sea cumplida esta exigencia. En el extremo

¹³ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, p 223.

¹⁴ La necesidad de este requisito de relativa estabilidad en el tiempo de la situación de desamparo viene determinado por la diferenciación de esta institución con la de la guarda voluntaria dado que una de las características principales de esta es su carácter transitorio y reversible, dando lugar a la espera de la recuperación por parte de los progenitores de las circunstancias adecuadas para hacerse cargo del menor. Por ello podemos afirmar el carácter más definitivo que implica por tanto la situación de desamparo administrativa y la posterior tutela *ex lege* que ella conlleva.

¹⁵ SAP Cáceres (Sección 1ª) de 15 de enero de 2016 (JUR\2016\32227).

¹⁶ Postura compartida por la mayoría de la doctrina. Así a título de ejemplo, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo", *Revista del Poder Judicial*, n 60, Madrid, 2000, p 258; VALLADARES RASCÓN, E.: "La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo", *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1999, p 2045.

opuesto se encuentra la tesis subjetiva¹⁷, para cual únicamente tendrá valor para hacer desaparecer el desamparo la atención por quienes posean la patria potestad o la tutela, lo que implica que se encontrará en situación de desamparo el menor que vea cubiertas sus necesidades morales y materiales por un guardador de hecho.

El legislador parecer haber acogido la tesis objetiva en la medida en que a tenor de lo establecido en el art. 303 CC, tal y como ha sido reformulado por la Ley 26/2015, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores procediendo a la declaración de desamparo cuando además de encontrarse en la situación de guarda de hecho se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia.

En este mismo sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014\5183) en la que se fija como doctrina jurisprudencial que "cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección"¹⁸.

Por lo tanto, parece lo más acertado pensar que aquel que defienda que es la tesis subjetiva la que se aplica en nuestro Ordenamiento Jurídico se equivoca, ya que de ser así ninguna Sentencia podría determinar la no concurrencia, como normal general, de una situación de desamparo cuando el menor se encuentra bajo una guarda de hecho dado que las personas que le atienden no son a quien por Ley corresponde su patria potestad o tutela.

Es necesario también hacer una mención con respecto a lo que hemos de entender por "carencia moral o material". Algunos autores consideran preceptiva su

¹⁷ Constituye la doctrina minoritaria y se encuentra defendida, entre otros, por GONZÁLEZ LEÓN, C.: *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosh Editores, Barcelona, 1995, p 87.

¹⁸ Siguiendo la doctrina sentada por la STS, la SAP Córdoba (Sección 1ª) de 15 de junio de 2015 (AC 2015\1332) establece la no procedencia de la declaración de desamparo administrativa en el caso que trata, en tanto que según la prueba practicada en el procedimiento la guarda de hecho proporcionó la asistencia necesaria reemplazando el incumplimiento de los progenitores.

interpretación restrictiva dado que lo adecuado es tender a la búsqueda de un equilibrio entre la situación más beneficiosa del menor y el mantenimiento de sus relaciones familiares. Por ello "sólo se estima la existencia del desamparo cuando se acredita efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común"¹⁹.

No podemos concluir este apartado, dedicado a conceptualizar el desamparo sin referirnos, a las diferencias existentes entre éste y la situación de riesgo dado que las consecuencia que llevan aparejadas una y otra son diferentes. La reforma de la LOPJM desarrolla de forma integral, por primera vez en el ámbito estatal, la figura de la situación de riesgo y su procedimiento. La situación de riesgo queda ahora definida por el art. 17 LOPJM como "aquella en la que a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar".

Por tanto, existe un daño para el menor pero dicho perjuicio no tiene la suficiente entidad como para dar lugar a una situación de desamparo, implicando la actuación de la administración en el mismo entorno familiar del menor. Intervención que consistirá en la exclusión de aquellos factores que hacen que el menor se encuentre en situación de riesgo. Se tratará de acciones de apoyo a la familia tendentes a propiciar una mejora del entorno del menor y con ello posibilitar su continuidad en el núcleo familiar²⁰ tales como la actividad de la Administración podrá suponer la atención en centros de día o centros de carácter educativo, intervención psicoterapéutica, ayuda a

¹⁹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B.: "El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia", *Revista de Derecho Civil*, n 4, 2014, p 123.

²⁰ Así en este sentido entiende ARCE RAMÍREZ (en: "Los menores extranjeros en situación de desamparo", *Revista de Derecho de familia*, n 5, 1999, p 56), que puede considerarse que solo serán aquellas circunstancias que supongan una "irreversibilidad de la desasistencia" las que harán que sea de aplicación la situación de desamparo.

domicilio así como programas formativos destinados a adolescentes fuera del sistema escolar.

Un amplio elenco de las diferentes medidas de atención que deben ser llevadas a cabo ante las situaciones de riesgo de los menores es recogida en el art. 104 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña. Entre la amplia enumeración de medidas de carácter social y educativo, podemos destacar la orientación, el asesoramiento y la ayuda a la familia; programas socioeducativos destinados a los progenitores, tutores o guardadores; acompañamiento al menor a centros educativos y apoyo psicológico; ayuda a domicilio; atención sanitaria; programas formativos para menores que han abandonado el sistema escolar así como asistencia personal para progenitores, tutores y guardadores o menores con diversidad funcional²¹. Por último, se cita una cláusula general refiriendo a "cualquiera otra medida de carácter social y educativo que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo". Dicha legislación, aunque ve su ámbito de aplicación circunscrito a la Comunidad Autónoma Catalana constituye, por su minuciosidad, un instrumento sumamente útil a la hora de llamar la atención sobre las diferentes acciones que puede adoptar la administración ante una situación de riesgo del menor.

Es necesario señalar la importancia que reviste esta figura, pues la declaración de una situación como de riesgo es el cauce para impedir que dicha posición desemboque en una cuestión más grave la cual para su solución requiera medidas mucho más severas y duras tanto para el niño como para su familia; con lo cual favorece al interés superior del menor.

La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 rompe una lanza a favor de las soluciones consensuadas frente a las impuestas, dado que señala la previsión que hace la Ley de la necesidad de intentar una intervención consensuada con los progenitores o tutores legales y solo en el caso de no poder llevarse a cabo proceder a declarar la situación de riesgo mediante resolución administrativa.

²¹ LÓPEZ SÁNCHEZ (en: "Necesidades de la infancia y protección infantil, actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores", *Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales*, Madrid, 2005, p 11) señala la importancia que tiene que la intervención de los Servicios Sociales se produzca con la planificación suficiente, atendiendo a la forma de intervención, la finalidad de la misma así como la motivación que lleva a realizarla. De igual forma, considera importante no perder la visión de la doble función de "ayuda-control" que debe guiar las actuaciones de los Servicios Sociales.

Para concluir, hay que indicar que la Jurisprudencia entre otras cuestiones a analizar, afirma que la prolongación en el tiempo de la situación de riesgo puede suponer la declaración de desamparo²².

III. SITUACIONES QUE DARÁN LUGAR A DESAMPARO

Antes de pasar a enumerar las concretas situaciones de desamparo, el art. 18.2 LOPJM establece que las circunstancias tienen que tener “la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor”.

La exigencia de que la situación en que se encuentra el menor sea grave se basa en la consideración que tiene la declaración de desamparo, entendida una medida de último recurso cuando no pueda protegerse al menor mediante la adopción de medidas menos invasivas y resulte por tanto, imprescindible la separación del mismo de su familia de origen²³.

En este sentido, los principios de necesidad y proporcionalidad, que rigen las decisiones en lo que afecta al ámbito de la declaración de desamparo de menores, se encuentran presentes en la gran mayoría de las Sentencias dictadas al respecto²⁴. Prueba de ello es la Sentencia Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008

²² La SAP Burgos (Sección 2ª) de 1 de marzo de 2016 (JUR 2016\63504) señala conveniente la declaración administrativa de desamparo dado que la situación de riesgo ha continuado en el tiempo debido a la conducta de los progenitores lo que ha derivado en la declaración de desamparo del menor.

Es la SAP Zaragoza (Sección 5ª) de 15 de julio de 2004 (AC 2004\990) la que establece la necesidad de aplicar las diferentes medidas de manera progresiva estableciendo unas pautas interpretativas: "1) Necesaria coordinación de la defensa de los intereses del menor con la integración en su propia familia. 2) Interpretación restrictiva del concepto de "Desamparo". 3) No concudir las situaciones de "riesgo" con las de "desamparo". 4) En los supuestos de "riesgo", elaboración de un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales correspondientes, a fin de lograr la reinserción del menor en ella".

Al respecto de la diferenciación entre la situación de riesgo y de desamparo, la SAP Cantabria (Sección 2ª) de 12 de enero de 2010 (JUR 2010\359350), señala que siendo conscientes de que la distinción entre ambas figuras puede ser muy tenue, viene marcada en todo caso por la gravedad de las circunstancias y la racionalidad acerca de la necesidad de que se produzca el principal efecto derivado de la declaración administrativa de desamparo: la suspensión de la patria potestad y la asunción de la tutela por parte de la Administración pública competente.

²³ BOCCIO SERRANO, J.: *El derecho...*, 2014, p 181; ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema...", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016 (en prensa).

²⁴ Así se pronuncia la STC de 26 de septiembre de 2005 (233/2015) señalando que la medida adoptada por la Administración debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido con ella y que a su vez sea necesaria o imprescindible a tal efecto, es decir, que no existan otras medidas más moderadas que permitan solucionar la situación. Por último señala la necesidad proporcionalidad de manera que de la medida tomada se desprendan más beneficios que inconvenientes.

(176/2008), en la que se establece que la obligación de ponderar tanto la proporcionalidad como la necesidades de las medidas que se lleven a cabo.

Otra cuestión a analizar es si se puede considerar la previsión del art. 18 LOPJM como una presunción *iuris tantum* que permita establecer prueba en contrario. Esto es, que posibilite demostrar que el menor no se encuentra en una situación de desamparo.

La Jurisprudencia afirmaba, ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2015, que efectivamente se trata de una presunción *iuris tantum*. En ese sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Tarragona (Sección 1ª) de 4 de julio de 2013 (JUR\2013\341168) y la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 8 de febrero de 2012 (JUR\2012\209273). Ambas señalan que los resultados del material probatorio constituyen una presunción *iuris tantum*, lo que supone que ese puede destruir mediante la prueba en contrario que corresponderá a la parte demandante que impugna la declaración de desamparo que decreta la resolución administrativa²⁵.

IV. PARTICULARES CIRCUNSTANCIAS A LAS QUE SE REFIERE EL ART. 18 LOPJM.

Con la reforma llevada a cabo en hace un año, la LOPJM contiene una regulación más completa de la situación de desamparo, recogiendo una enumeración concreta de las situaciones que darán lugar a desamparo.

Es necesario precisar el énfasis que ponen determinados autores en resaltar la necesidad de que prevalezca abierta la situación de desamparo a todas las posibilidades que se puedan producir²⁶. A pesar de que como se ha señalado anteriormente, la reforma acontecida sobre la LOPJM ha incluido una enumeración detallada de las situaciones que conllevarán desamparo, el riesgo que tenían los citados autores se evita estableciendo una cláusula residual, que permite que en el caso de que se produzca una

²⁵ A este respecto, la Sentencia de la AP de Zaragoza (Sección 2ª) de 6 de mayo de 2015 (00217/2015) establece que en materia de desamparo de menores y de implantación de medidas protectoras prevalece el interés del menor, quedando el derecho de los progenitores como subsidiario del de los hijos.

²⁶ En este sentido, BALLESTEROS DE LOS RIOS (en: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p 19), defiende que dar una definición menos precisa posibilita la aplicación de contenidos más diversos. ESPIAU ESPIAU (en: *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p 45), por su parte entiende que la pretensión de enumerar una serie de causas que darán lugar a desamparo supone el peligro de dejar alguna fuera.

situación que no se encuentre contenida en los diferentes supuestos mencionados, no quede exenta de suponer una situación de desamparo.

a) El abandono del menor

Constituye la primer previsión del art. 18.2 LOPJM sobre los concretos casos que darán lugar a la situación de desamparo. El abandono del menor puede deberse, por una parte, a la falta de las personas a las que corresponde el ejercicio de la guarda, o bien a que dichas personas no quieren o no pueden ejercerla, por lo tanto el menor se encuentra en una situación completa de ausencia de protección.

Ahora bien ¿qué quiere decir el citado precepto cuando se refiere a abandono? En palabras de SANTAMARÍA PÉREZ con la nueva Ley se produce un desfase entre la concepción que pueden tener del término abandono los ciudadanos con lo que entiende el legislador por tal. Al ser los padres las personas a las que legalmente corresponde el ejercicio de la guarda, que el menor se encontrara con cualquier otra persona -aunque se tratara de un familiar- supondría que se encuentre en situación de abandono, y por consiguiente en desamparo²⁷. Por lo tanto, podría darse el supuesto de que el menor, aun teniendo todas sus necesidades cubiertas, se entienda se encuentra en situación de abandono.

Para la autora esta regulación supone una confrontación con lo establecido en el CC en su art. 303.2, ya que este establece que la situación de desamparo se declarará cuando el menor se encuentre en estado de guarda de hecho y asimismo falta asistencia material y moral.

Sin embargo, esta interpretación del precepto que hace la autora anteriormente citada presenta serias dudas dado que no es cuestión controvertida por la Jurisprudencia que el menor que se encuentre bajo una guarda de hecho no se encuentra por ello en una situación de desamparo sino que se tendrá que atender a la protección que recibe efectivamente por sus guardadores. Así, se destaca el papel que desempeñan los abuelos de manera que la Jurisprudencia no entiende que, de manera genérica, se pueda vincular el cuidado de los abuelos con la existencia de desamparo. Asimismo, a la vez que el CC

²⁷ SANTAMARÍA, M.L.: "La Nueva Ley de Protección a la Infancia: el Acogimiento Familiar ante el Garantismo Institucional", *Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família*, n 1, 2015, p 23.

afirma el derecho de los abuelos a mantener relaciones con sus nietos, CARRASCO PERERA señala el derecho de los abuelos a ostentar la guarda y custodia²⁸.

b) Negativa o imposibilidad de hacerse cargo del menor tras la guarda voluntaria

Es el art. 172 bis.1 CC el encargado de regular el supuesto de guarda voluntaria de un menor. En el caso de que para los progenitores o tutores surjan circunstancias graves y transitorias que les imposibiliten para cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario para superar esas circunstancias, las cuales deben encontrarse correctamente acreditadas. El tiempo máximo de duración que establece el legislador para la duración de la guarda voluntaria es de dos años, plazo excepcionalmente prorrogable en caso de que así lo aconseje el interés superior del menor.

Cuando finalice el plazo de dos años, y no exista la prórroga anteriormente mencionada, el menor deberá regresar con sus padres o tutores. Pues bien, de no darse las circunstancias adecuadas para su reinserción en el núcleo familiar, el menor será declarado en desamparo con la consiguiente suspensión de la patria potestad para su progenitores²⁹.

²⁸ CARRASCO PERERA, A.F.: "Benditos abuelos", *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2003 (BIB 2003/1358).

²⁹ La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga de 13 de julio de 2015 (JUR\2016\61936) determina la revocación de una resolución administrativa de desamparo debido a que esta ha sido dictada mientras el menor se encontraba bajo una situación de guarda voluntaria. En su Fundamento de Derecho quinto, la Sentencia señala la falta del principio de proporcionalidad que ha tenido la Administración en tanto que el expediente de desamparo se inició cuando se estaba produciendo la guarda voluntaria sin esperar el plazo de dos años que marca la Ley. Se habla de una perversión del sistema de protección al negativizar a aquellos progenitores que acuden a la institución de la guarda y, al mismo tiempo, se alude a una posible ilegalidad al producirse una automatización del desamparo por parte de la Entidad Pública.

Por otra parte, la SAP Málaga (Sección 6ª) de 30 de junio de 2014 (AC\2014\1831) se refiere a del hecho de que en un primer momento se estableciera para un menor una guarda voluntaria constituida por los propios progenitores, "no obedece a que por los mismos se incumplieran sus deberes básicos inherentes a la patria potestad", sino que estos problemas en el caso concreto que ocupa a la Sentencia venían derivados de la necesidad de atención médica que requería el menor que no podía ser prestada por los progenitores del mismo. Por ello, la Sentencia señala que la declaración de desamparo no parece ser la procedente.

c) Riesgo para la vida, salud e integridad

El art. 18.2 c) LOPJM hace referencia al riesgo para la vida salud e integridad del menor, de forma genérica, para luego pasar a enumerar casos particulares cuya concurrencia determinará la situación de desamparo del menor.

- Malos tratos físicos graves.

En la actualidad es posible abordar los malos tratos hacia los menores de una manera muy amplia, de forma que comprenden una violación de los derechos del niño de manera que nos podemos encontrar con maltrato infantil familiar, institucional y social³⁰. En este caso, el precepto se refiere a los malos tratos físicos, constituidos estos por aquellos hechos voluntarios que provocan lesiones físicas o enfermedades al menor o provocan peligro de padecer éstas³¹. El art. 11 LOPJM establece como principio rector de la acción administrativa en relación con los menores la protección contra cualquier forma de violencia.

Al respecto de la posible declaración administrativa de desamparo, es necesario determinar cuándo los malos tratos van a ser graves y si es necesario para poder decretar el desamparo la existencia de una sentencia penal condenatoria.. La Ley no señala de forma explícita estas cuestiones, por lo que será la Jurisprudencia a la hora de enjuiciar cada caso la que de la respuesta.

Determinada Jurisprudencia entiende que si se dicta la resolución de desamparo sin que exista una sentencia penal sobre la culpabilidad de los padres, es necesario acudir al art. 40 LEC en el momento en que se opongan contra la resolución administrativa de desamparo; debiendo ser previa la resolución de la vía penal y posteriormente la resolución de la oposición al desamparo³². Es entendido por un sector doctrinal que una cuestión prejudicial penal no puede suspender la celebración del juicio

³⁰ RODRÍGUEZ ALMADA, H.: *Maltrato y abuso sexual de menores; una revisión crítica*, Comares, Granada, 2006, p 8.

³¹ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones Públicas...*, 2006, p 204.

³² En la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 14 de octubre de 2013 (JUR\2014\22210) apreciamos la causa de maltrato a un recién nacido como presupuesto para la declaración de desamparo. La mencionada Sentencia trata de un caso en el que, además de un contexto de drogadicción, delincuencia y violencia, el recién nacido es sometido, el mismo día del alumbramiento, a maltrato. Ello supone la declaración de desamparo provisional y la retención en el propio centro hospitalario, todo ello antes de que se enjuicie el caso por la vía penal.

ni el dictado de la correspondiente Sentencia. Ello basado en el carácter restrictivo con el que debe aplicarse el art. 40 LEC e igualmente la mayor amplitud del proceso civil con respecto del penal. Así, autores como MORENO-TORRES consideran que el procedimiento penal no debe ser necesariamente vinculante ni suspender automáticamente el proceso civil sobre la declaración de desamparo. A pesar de ello la Entidad Pública debe vigilar la totalidad de los procedimientos tanto civiles como penales que se incumben al menor tutelado³³.

Existe Jurisprudencia que se pronuncia en otro sentido de manera que, una vez dictada Sentencia, si esta es absolutoria, a pesar de la Sentencia absolutoria, entiende que la conducta es susceptible de constituir una situación de desamparo³⁴. Sin embargo, también puede darse el caso de que, dada la Sentencia penal absolutoria, asimismo se declare que no a lugar a la declaración de desamparo³⁵.

- Abusos sexuales.

Se entiende por tales “cualquier forma de contacto físico de contenido sexual, con o sin acceso carnal, realizado sin violencia o intimidación, sin consentimiento del menor o incluso con consentimiento si no tiene edad para consentir. En cambio, estaríamos ante una agresión sexual cuando el contacto físico se produce con violencia o intimidación y sin consentimiento”³⁶. Supondrán la declaración administrativa de desamparo tanto los abusos intrafamiliares, aquellos que se producen por parte de un familiar, como aquellos abusos que se producen por alguien que no tiene relación de familia con el menor pero que son consentidos o conocidos por la familia³⁷.

³³ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi, Navarra, 2009, p 261.

³⁴ Así, el Auto AP Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000,512) señala que a pesar del archivo por parte del Juzgado de Instrucción de las diligencias que se llevaban a cabo sobre los progenitores, ello no supondrá la no subsistencia del desamparo del menor.

³⁵ La SAP Soria (Sección 1ª) de 29 de octubre de 2015 (JUR\2015\298355) trata de un caso en el que se pretende la declaración de desamparo por existencia de malos tratos. A lo largo de la fundamentación jurídica se va tratando la cuestión de las posibles lesiones físicas ocasionadas por un padre hacia sus hijos. Llega el Tribunal a la conclusión de que dichos malos tratos no constan que existieran y apoya su fundamento en una anterior Sentencia de la jurisdicción penal sobre el mismo tema. Por lo tanto, se niega la situación de desamparo al existir resolución judicial que establece la no existencia de dichos malos tratos físicos con relación a los hijos menores.

³⁶ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones Públicas...*, 2006, p 204.

³⁷ ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de Menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2011, p 50.

Ninguna duda ofrecen aquellos supuestos en los que existe una Sentencia penal condenatoria³⁸. Mayores problemas plantean aquellos casos en los cuales, habiéndose iniciado una causa penal, ésta ha concluido con una Sentencia absolutoria o con un archivo de las actuaciones indicando "por la falta de pruebas". Ante esta situación, existen Sentencias que afirman que, a pesar del archivo de las diligencias sobre abuso sexual, es oportuno decretar el desamparo. En ese sentido se pronuncia la Sentencia AP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 20 de octubre de 2009 (AC\2010\17). En sus Fundamentos de Derecho señala que al encontrarse en una posible situación de desprotección, es necesario la toma de medidas urgentes. El concreto caso del que trata la Sentencia hace pensar que lo más favorable para el interés del menor, dada la gravedad del asunto y la falta de pruebas concluyentes que permitan descartar la actuación, es la declaración de desamparo. Así, señala la Sentencia, que “el derecho civil regulador de la protección de menores se construye sobre la base de imponer a la Administración pública la obligación de dar cobertura protectora inmediata a todo menor, ante las sospechas de una situación grave de desatención”. Por lo tanto en aras del interés del menor, que es el principio superior que guía cualquier decisión tomada, se puede declarar el desamparo por abusos sexuales aun siendo estos presuntos.

Sin embargo, no todas las sentencias se pronuncian en este sentido. Ejemplo de ello es la Sentencia de la AP de Islas Baleares de 2007 de 23 de marzo de 2007 (JUR\2007\282329), en la cual se trata un caso en el cual la Administración declara el desamparo de un menor. A pesar de ello la Audiencia citada entiende que hubiera sido preceptivo una mayor actividad investigadora en tanto que de las posteriores declaraciones del menor se desprende que no existen indicios suficientes. Por ello, en este caso se pondera la necesidad y la gravedad de la situación y así mismo el interés del menor, que con las circunstancias no aconseja el desamparo.

³⁸ Así por ejemplo, la SAP Cantabria (Sección 2ª) de 10 de octubre de 2014 (JUR 2015\214419), en sus fundamentos detalla indicadores de probable abuso sexual hacia una menor de 3 años. Expertos observaron “comportamientos hipersexualizados”, posiciones coitales, movimientos comulgatorios acompañados de gemidos así como otra clase de movimientos estereotipados. Dichas actuaciones pueden estar propiciadas según señala la Sala por haber sido víctima de abusos sexuales o por haber visualizado en repetidas ocasiones relaciones sexuales de otras personas. Por todo, ello el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la madre de la menor y estima la declaración de desamparo.

- Negligencia grave en las obligaciones alimentarias y de salud

Este incumplimiento viene realizado por parte de las personas de la unidad familiar o terceros con el consentimiento de aquellas.

A este respecto, Sentencias que establecen qué es lo que se entiende por incumplimiento de obligaciones alimentarias y de salud y que, de acuerdo con la concreta situación, se pronuncian sobre si se debe mantener la situación de desamparo decretada por la Administración. Muestra de ello es la Sentencia de la AP de Ourense (Sección 1ª) de 28 de diciembre de 2015 (JUR\2016\32979) la cual se ocupa del caso de dos menores que presentan una situación de higiene deficitaria lo cual supone un rechazo por parte de los demás niños de su entorno, así como una inadecuación de las ropas vestidas por los menores con las necesarias para el clima determinado. Asimismo, uno de los menores lleva una inapropiada alimentación respecto de la que corresponderá con su edad así como una atención médica deficiente. Por todo ello, considera la Sala que los progenitores carecen de los conocimientos necesarios para proporcionar a sus hijos una adecuada crianza³⁹.

Al respecto de esta Sentencia, cabe plantearnos si no sería más adecuado abordar estos hechos a través de una situación de riesgo, ya que a pesar de que es una realidad las carencias que presenta el menor en cuenta a su atención en lo que a la higiene respecta, parece que no tienen la entidad suficiente para declarar el desamparo y que podrían resolverse con el apoyo de la Entidad Pública a los progenitores para superar las dificultades con las que cuentan.

Retomando el previsión general con la que comienza el art. 18.2 c) sobre el riesgo para la salud, es inevitable referirnos a los casos de obesidad de menores dada la trascendencia que actualmente está cobrando en nuestra sociedad.

La obesidad y los problemas que esta puede conllevar pueden suponer la necesidad de actuación de la Administración, y para ello es crucial diferenciar entre

³⁹ De igual manera es necesario hacer una referencia a la SAP de Castellón (Sección 2ª) de 22 de junio de 2005 (JUR\2005\207437) para puntualizar que “el amor y afecto de la progenitora hacia el hijo no es óbice o impedimento para la declaración de desamparo, tras constatarse, no obstante la relación afectiva, la real incapacidad de aquella para procurar a su hijo la asistencia o los cuidados mínimos imprescindibles”.

situación de riesgo y situación de desamparo⁴⁰. Cuando hablamos de riesgo nos referimos a la situación que produce un déficit en las necesidades primarias de los menores pero que no cuenta con la suficiente entidad como para tomar medidas que impliquen salida del menor de su núcleo familiar; bastará con el apoyo de la Administración en el propio seno de la familia desarrollando las medidas que estimen preceptivas. El desamparo por contra, implica una situación de tal gravedad para el desarrollo del menor que supone necesariamente la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por parte de la administración.

En opinión de PAINCEIRAS SOLLEIRO no constituirán desamparo la totalidad de las situaciones, únicamente aquellas en las que confluyan diferentes circunstancias que propicien la determinación del desamparo como decisión más adecuada en aras del interés de menor. Por ello, la obesidad por sí misma no hará que se determine diariamente el desamparo. Habrá que tener en cuenta la existencia problemas aparejados a la obesidad y que pueden influir en la salud del menor⁴¹.

A modo ejemplificativo podemos tomar la Sentencia de la AP de Asturias de 2009 (Sección 5ª) de 25 de mayo de 2009 (180/2009) la cual trata el tema de la declaración de desamparo de un menor con obesidad en la que se señala el aviso por parte de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Oviedo de los problemas de peso de un menor que se encuentra en acogida por sus abuelos, los cuales hacen caso omiso a las advertencias sobre la citada situación. Más aun, el menor no acude a las citas hospitalarias ni sigue los tratamientos preceptivos. Dicha situación, unida a la declaración de obesidad mórbida (pues el menor alcanzaba los 100 kilos), y a la total falta de colaboración de los abuelos, provocan la declaración de desamparo del menor y su posterior ingreso en un centro.

Numerosos son los casos en los cuales los medios de comunicación se hacen eco de situaciones similares en lo que concierne a la declaración de desamparo de menores por motivos de obesidad.

⁴⁰ PAINCEIRAS SOLLEIRO, S.: "Intervención pública en los supuestos de desamparo de menores: Análisis prácticos sobre salud y obesidad", *RDUNED*, 2014, n 14, p 807.

⁴¹ PAINCEIRAS SOLLEIRO, S.: "Intervención pública...", 2014, p 807.

Uno de los casos que más revuelo mediático ha tenido en nuestro país aconteció en 2009 en Galicia⁴². Se trataba de un menor que padecía obesidad desde los cinco años cuando su peso ascendía a 83 kilos. Después de numerosos internamientos en el hospital, y de que la Administración gallega controlase con una dieta al menor, la mala alimentación que este tenía los fines de semana propició finalmente su declaración de desamparo con la oposición de sus progenitores. Sin embargo, se alude al interés superior del menor y a la peligrosidad para su vida para justificar la medida adoptada.

Dentro de la previsión genérica de riesgo para la salud, también podemos englobar la falta de las condiciones básicas de higiene en el hogar, pues es este un tema bastante frecuente. Así se puede comprobar en el Auto de la AP de Madrid (Sección 22º) de 6 de diciembre de 2002 (JUR\2003\92340) que confirma una resolución administrativa en la que se decreta el desamparo por no reunirse las condiciones higiénicas básicas en el domicilio familiar. En sus razonamientos jurídicos se expone cómo los Servicios Sociales informaron de la situación en la que se encontraba el domicilio, con una habitación en la que se encontraban números gatos y excrementos y otras habitaciones en las que el acceso estaba imposibilitado por la cantidad de bolsas y cajas que en ellas se hallaban. De igual forma, en la cocina permanecían numerosos restos de alimento lo que propiciaban que, junto con las demás estancias de la casa, ésta desprendiera un fuerte hedor.

- Menor víctima de trata de seres humanos

La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 señala como una de las novedades de la LOPJM la introducción de dos apartados en el art. 13 con respecto a la trata de seres humanos. Se establece la obligación de informar al MF de cualquier persona que tuviera noticia de una situación que sea constitutivo de trata de seres humanos. Acudiendo al art. 18.2 c) LOPJM encontramos de nuevo una referencia a la situación en la que se detecte que menor es víctima de trata de seres humanos y exista un conflicto de intereses con los progenitores, tutores o guardadores, estableciendo que tal supondrá una situación de desamparo.

⁴² http://elpais.com/diario/2009/10/30/sociedad/1256857207_850215.html

- Consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas por parte del menor.

La LOPJM señala que tal consumo o ejecución debe realizarse de manera reiterada y con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. El mismo art. 18 es el que concreta qué se entiende que se ha prestado consentimiento o tolerancia “cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas” y pone como ejemplo de esfuerzo la petición de asesoramiento o tratamiento.

A la luz de esta previsión, lo primero que debemos preguntarnos es qué entendemos por sustancia con potencial adictivo. La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 señala que se acudirá a las definiciones establecidas por la Organización Mundial de la Salud y estas señala la adicción como “una enfermedad física y psicoemocional que crea una dependencia o necesidad hacia una sustancia, actividad o relación”. A la hora de señalar una sustancia como adictiva debe reunir dos requisitos: 1º El organismo desarrolla una dependencia a la misma por lo cual llega a demandarla. 2º El cuerpo la metaboliza dado lo cual requiere cantidades mayores de las que venía reclamando anteriormente.

Volviendo nuevamente al tenor del precepto, el legislador no establece si éste se aplicará igualmente independientemente de la gravedad de las sustancias que causen adicción. Por ello cabe plantearse la cuestión de si tendría la misma solución jurídica el caso de una sustancia adictiva como puede ser el café, otro caso de consumo de tabaco o un menor que consuma cocaína.

Desde mi punto de vista, no parece lógico que tenga la misma consecuencia jurídica el hecho de que un menor sea consumidor de tabaco y otro cocaína, en ambos casos con el consentimiento de los progenitores. Dejando aparte las voces que afirman que ambas pueden considerarse drogas siendo la única diferencia su legalidad, y no quitando razón del todo a este planteamiento, es necesario acudir al sentido común -en muchos casos olvidado en lo que a declaración de desamparo se refiere- para afirmar que una adicción a tabaco de un adolescente no puede suponer, como norma general, la privación de la patria potestad a los padres. Por ello, se puede plantear un crítica al

legislador por la falta de precisión en un tema tan controvertido pues incluso hablando de drogas ilegales ¿estaría al mismo nivel la marihuana que el éxtasis?

Dado lo expuesto, podemos afirmar que para obtener respuesta será necesario ponderar el interés del menor y actuar de conforme al principio de necesidad, de manera que de este tema no podemos dar una respuesta uniforme y habrá que atenerse a la diferente casuística.

- Perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal

Se considera maltrato prenatal el daño causado por los hábitos perjudiciales de la embarazada que pueden suponer perjuicio para la salud del feto⁴³. Dentro de los hábitos dañinos podemos encontrar la ausencia de cuidado corporal, ya se produzca consciente o inconscientemente, el consumo de drogas durante el periodo de gestación⁴⁴, la ausencia de seguimiento médico, así como el maltrato al recién nacido producido por la persona que durante el embarazo maltrataba a la mujer.

Debemos partir de la base de que el concepto jurídico de desamparo está formado por un requisito objetivo (situación de hecho de desprotección) y otro subjetivo (el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes correspondientes a la guarda de menores por parte de los representantes del legales del menor). En este caso es necesario precisar el hecho de que para que se puede declarar la situación administrativa de desamparo el niño ha tenido que nacer pues en caso de que aún no se hubiera producido el alumbramiento estaríamos hablando de una situación de riesgo prenatal⁴⁵ en la cual, si no se cuenta con la colaboración de la madre, se podrán tomar medidas tales como el informe de la situación al MF y al hospital para que en el

⁴³ Entre los perjuicios que puede sufrir el menor por las conductas nocivas realizadas por la madre, principalmente el consumo de alcohol y drogas durante el embarazo, se encuentran los problemas relativos al sistema nervioso, dificultades auditivas y de lenguaje así como el dificultad en el aprendizaje y problemas respecto a la conducta social. BRAZELTON, T.B. y GREENSPAN, S.I.: *Las necesidades básicas de la infancia, lo que cada niño precisa para vivir, crecer y aprender*, Grao, Barcelona, 2005, p 85.

⁴⁴ El consumo de estupefacientes supone la causa más común de maltrato prenatal y puede ser visible en cualquier esfera si bien se encuentra mucho más presente en los estratos más desfavorecidos. MARTÍ MILAGROS, M.: "Repercusión en el neonato de la drogadicción materna", *BSCP Canarias Pediátrica*, Gran Canaria, 2001.

⁴⁵ La excepción vendría constituida por la regulación catalana, ya que la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos Oportunidades de la Infancia y la Adolescencia de Cataluña señala en su art. 110 la posibilidad de que se dicte una resolución administrativa de desamparo preventivo, la cual tendrá carácter cautelar.

momento del parto se tomen las medidas preceptivas. Hablamos de una situación de riesgo y no de desamparo en base a la necesidad de existencia de patria potestad, la cual si el menor no ha nacido esta no tiene lugar la misma, por lo cual no se podrá privar a los padres de ella⁴⁶.

La situación del maltrato prenatal es compleja dado los intereses que están en juego: la libertad con la que cuenta la madre, la necesidad de protección del menor y la posibilidad de que el padre quiera la protección del hijo⁴⁷.

En lo que respecta a esta materia existen Sentencias que abordan esta problemática⁴⁸. A modo ejemplificativo podemos analizar la SAP Cádiz (Sección 5ª) de 19 de septiembre de 2006 (JUR 2007\70625) en la cual su FD segundo señala la constatación de una situación riesgo prenatal derivado de la falta de control médico de la madre durante el embarazo, evidenciada con la analítica de tóxicos positiva en anfetaminas y cocaína y, una vez se produjo el nacimiento, el menor fue declarado en desamparo.

d) Riesgo para la salud mental, integridad moral y desarrollo de la personalidad

- Maltrato psicológico continuado

En palabras de PICORNELL LUCAS, el maltrato psicológico se entiende como “cualquier acto o conducta intencionada que produce desvalorizaciones, sufrimientos o agresión psicológica. Puede ser a través de insultos, vejaciones, crueldad mental, gritos, desprecio, intolerancia, humillación en público, castigo, amenaza de abandono, subestimar...”⁴⁹. Así, dentro el maltrato psicológico podemos encontrar dos variantes como son el maltrato emocional (insultos, culpabilización o reproches) y el abandono emocional (indiferencia ante las conductas del menor).

De esta manera, existiendo una amplia casuística, la Sentencia de la AP de Guadalajara (Sección 1ª) de 20 de septiembre de 2006 (JUR\2006\239537) trata el caso

⁴⁶ LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, p 44.

⁴⁷ MORENO- TORRES SÁNCHEZ, J.: *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005, p 99.

⁴⁸ Así la SAP Málaga (Sección 6ª) de 28 de julio de 2000 (344/2015) juzga un caso de maltrato prenatal por consumo de drogas de la gestante que deriva en la situación de que uno de los hijos de la misma naciera con droga en la orina.

⁴⁹ PICORNELL LUCAS, A.: *La infancia en desamparo*, Nau Llibres, Valencia, 2011, p 60.

de una menor sometida a malos tratos psicológicos. La Sentencia, en su fundamentación, hace referencia a numerosos informes de los Servicios Sociales en los que se señala que no se está ante una situación aislada sino que la realidad es que la niña se encuentra sufriendo una situación de prolongado de maltrato psicológico por parte de sus progenitores. En este concreto caso, los padres “trasmitían a la menor que estaba poseída haciendo referencia a hechos paranormales que se producían en su presencia; siendo la menor rechazada por temor a que pudiera hacerle daño a alguno de los miembros de la familia, comunicándole que no iba a poder seguir viviendo con ellos y planteándose la posibilidad de enviarla a África para someterla a una ritual de exorcismo”. Considera el Tribunal que todo ello, una vez ponderado el interés superior del menor, es causa más que suficiente para decretar su desamparo⁵⁰.

- Falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas y educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores.

Se señala que esta falta de atención debe estar condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales. La ausencia de tratamiento será valorada como indicador de desamparo en los casos anteriormente citados.

El abandono emocional es definido por DE PALMA DEL TESO como “la falta persistente de respuesta a las señales (llanto, sonrisa), expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciales por el niño y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de las personas responsables del menor”⁵¹.

A este respecto, la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 26 de noviembre de 2015 (JUR\2016\20768) mantiene la declaración administrativa de desamparo dado que el menor se encuentra desatendido. En palabras de la Sala “la desatención no es física ni sanitaria ni de control o seguimiento escolar. La desatención es emocional, educativa y de formación de la persona”. Ello viene propiciado por la relación de la madre y el menor, en la que la madre impide que éste crezca emocionalmente y se cuente con la adecuada formación. El problema se encuentra a la

⁵⁰ Sobre este mismo tema, en la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 26 de marzo de 2014 (JUR 2014\179422) el desamparo viene determinado por una situación de maltrato psicológico, emocional, bloqueo, retraimiento, miedos, ansiedad y conflicto de lealtades.

⁵¹ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones Públicas...*, 2006, p 202.

hora de establecer un espacio individual para el menor, pues su progenitora tiene dificultades para propiciar su autonomía y relación con los demás adultos. Esa desatención psicológica provocó una situación familiar convulsa por lo cual la separación del menor de su familia es el único cauce posible, ya que las medidas más leves adoptadas por la Administración no tuvieron los efectos deseados⁵².

Sobre el consumo habitual de sustancias adictivas hay una vasta jurisprudencia al respecto pues, a pesar de lo que cabría desear, cada vez son más los casos en los que el factor de las adicciones entra en juego a la hora de valorar la situación de los menores.

A modo ejemplificativo, cabe referirse a la Sentencia de la AP de León 3 (Sección 1ª) de 5 de mayo de 2015 (JUR\2015\145371). En ella no se produce una revocación de la resolución administrativa de la declaración de desamparo pues en las circunstancias de la madre no se aprecia un cambio real. Ésta continúa consumiendo con asiduidad sustancias como la marihuana y alcohol y no garantiza ni las necesidades físicas ni las emocionales del menor. Incluso la progenitora ha llegado a ser detenida bajo los efectos del alcohol. Todo ello unido a la ausencia de intención de cambiar la situación dado que ni siquiera finalizó la terapia⁵³.

A la vista de la numerosa Jurisprudencia existente al respecto, no podemos encontrar un patrón unánime de actuación de los Tribunales, pues cada caso requerirá de

⁵² También hay ejemplos como el caso tratado en la SAP Navarra (Sección 2ª) de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012\206911), en el que se constata una desatención moral y afectiva completa la progenitora hacia los menores, y ello a pesar de que no se pueda señalar que se ha producido una desatención material, a pesar de lo cual se considera acertada la resolución de desamparo administrativa, afirmándose la situación de desprotección y desamparo vivida por los menores.

⁵³ Sin embargo, de lo establecido por la mencionada Sentencia no podemos extraer un pronunciamiento homogéneo de los Tribunales en todos los casos, ya que dependerá de las determinadas características de la situación concreta la revocación o no de la declaración administrativa de desamparo.

Así, en la SAP Cádiz (Sección 5ª) de 6 de abril de 2015 (AC 2015\739) estamos frente a la coyuntura de unos progenitores los cuales, a pesar de haber sido consumidores tanto de alcohol como de sustancias estupefacientes y haberse producido diferentes fases en su condición de adictos, en el momento de dictarse la Sentencia se encontraban abstinentes. A pesar de ello, se señala en el Fundamento de Derecho segundo que dada la falta reconocimiento de la problemática que sufre la familia así como de los antecedentes que motivaron las anteriores intervenciones se procede a la desestimación del recurso, manteniéndose los menores en situación de desamparo.

En igual sentido se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 25 de noviembre de 2014 (JUR 2015\64172) al reconocer un mayor grado de "estabilidad socio-personal" de la madre del menor dado el hecho de que se ha producido el alta terapéutica en la dependencia del consumo de alcohol, pero considerando que la progenitora no cuenta con las capacidades suficientes para atender el cuidado de la menor.

una valoración individual tendente a verificar si el menor se encuentra privado de la necesaria asistencia. Por ello, podremos encontrar casos en los que no se necesita de un consumo prolongado en el tiempo para que la declaración de desamparo administrativa sea confirmada, así como otros supuestos en los que, habiendo tenido una adicción y estando ésta en proceso de superación a través de terapia, ello no se considere suficiente para revocar el desamparo del menor.

e) Incumplimiento de los deberes de guarda

Este incumplimiento, señala la LOPJM, debe ser consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

Deberemos preguntarnos nuevamente, cuáles son los comportamientos que perjudican la salud o el desarrollo del menor. Como en la mayoría de las ocasiones, se deben analizar los casos de manera individual para ponderar el interés superior del menor. La Sentencia de la AP de Zaragoza (Sección 2ª) de 10 de diciembre de 2015 (JUR\2016\9795) en la que se señala que las circunstancias familiares no eran las idóneas para el desarrollo de los menores debido a “las relaciones violentas con sus sucesivas parejas, ausencia de recursos para hacer frente a la problemática familiar, inestabilidad personal con ideas de perjuicio, desatención generalizada de las necesidades de los menores que genera en estos inseguridad, falta de figura de apego positivo, vulnerabilidad, etc.”

f) Inducción a mendicidad, delincuencia o prostitución

En este apartado debemos separar las tres prácticas nombradas en la rúbrica del epígrafe. Por una parte encontramos la referencia a la mendicidad. Ésta constituye una forma de explotación de menores en tanto que la misma supone la consecución de determinado beneficio económico⁵⁴.

Así en la Sentencia de la AP de Sevilla (Sección 2ª) de 21 de mayo de 2015 (210/2015) se señala que en tanto que dos menores son usados por sus progenitores para

⁵⁴ PICORNELL LUCAS, A.: *La infancia...*, 2011, p 62.

la práctica de la mendicidad en condiciones de marginalidad, ello constituye suficiente motivo para imposibilitar el normal desarrollo de la vida cotidiana y del ambiente familiar. Por todo ello, la Sentencia confirma la declaración de desamparo decretada por la Administración⁵⁵.

Respecto de la inducción a la delincuencia, ésta consistente en alentar a los menores a llevar a cabo acciones antisociales⁵⁶; también adquiere la denominación de corrupción.

Por último, al referirnos a la prostitución, debemos acudir a la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la cual se señala que “se pretende la prevención y protección de los menores frente a la delincuencia de naturaleza sexual, de conformidad con las normas nacionales y supranacionales, y acorde con los sistemas registrales de otros países de nuestro entorno”.

g) Ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada

El precepto se refiere a los supuestos de falta de asistencia no justificada al centro educativo. Asimismo, se refiere a la permisividad continuada o a la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria.

En la actualidad, a la hora de tratar la problemática acerca de la ausencia de escolarización es inevitable hacer una referencia al *homeschooling* definido como “la enseñanza en casa donde puedan los padres educar a sus hijos según sus convicciones y de la manera que ellos consideran óptima”⁵⁷ dada la relevancia que está cobrando en nuestra sociedad.

Es necesario precisar que, en España, el TC se ha pronunciado al respecto en la Sentencia (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 2010 (RTC\2010\133). En ella se señala que la

⁵⁵ A modo ejemplificativo podemos mencionar las Sentencias de la AP Lugo (Sección 1ª) de 25 de noviembre de 2011 (JUR 2012\3304), la SAP Murcia (Sección 4ª) de 3 de marzo de 2011 (JUR 2011156761), así como la SAP Sevilla (Sección 5ª) de 10 de junio de 2005 (JUR 2005\233867) en las cuales los menores son utilizados como instrumentos para la práctica de la mendicidad dado la falta de recursos económicos de los progenitores, lo que hace que en los tres casos el Tribunal confirme la resolución de desamparo dictada por la Entidad Pública.

⁵⁶ PICORNELL LUCAS, A.: *La infancia...*, 2011, p 61.

⁵⁷ LÓPEZ SANCHEZ, C.: "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n 13, 2013, p 81.

obligatoriedad de la escolarización no supone un impedimento al derecho con el que cuentan los padres de enseñar libremente a sus hijos fuera del horario escolar. En lo que respecta a la elección por los progenitores del tipo de educación que quieren que reciban sus hijos, el derecho que constitucionalmente tiene queda limitado a la elección de centro educativo y el derecho a recibir la formación religiosa y moral que los padres decidan. Por lo tanto, como conclusión, la Sentencia del TC señala que "el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado".

Según GOIRIA MONTOYA, en lo que respecta a la ausencia de escolarización, la declaración de desamparo se encuentra formado por dos factores: la ausencia de escolarización acompañada de la producción de un daño al menor⁵⁸. Por ello, no es correcto manifestar que la desescolarización *per se* suponga una situación de desamparo puesto que habrá de atenderse al caso concreto y valorar las circunstancias concurrentes.

A pesar de que se trata de un tema controvertido y que no exista una opinión unánime al respecto, quienes defienden que el *homeschooling* no puede ser entendido como una ausencia de escolarización, y por tanto como desamparo, alegan que no se produce desidia o abandono por parte de los progenitores sino que, al contrario, suponen una forma de compromiso de éstos hacia los menores⁵⁹.

Siguiendo este planteamiento, podría sugerirse la hipótesis de unos padres que escolarizan a sus hijos y, sin embargo, no cumplan con sus obligaciones debido a que la educación que les inculcan es perjudicial. Y, de igual forma, podemos estar frente al caso de un menor el cual no estando escolarizado reciba la preceptiva educación, y por tanto no haya lugar necesariamente al desamparo⁶⁰.

Refiriéndonos a la Jurisprudencia, la Sentencia de la AP de Málaga (Sección 5ª) de 5 de junio de 2005 (AC\2005\1654) cuyo objeto es determinar si la enseñanza que

⁵⁸ GOIRIA MONTOYA, M.: *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, UPV, Bizkaia, 2012, p 358.

⁵⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, Navarra, 2012, p 432.

⁶⁰ LÓPEZ SANCHEZ, C.: *Patria potestad...*, 2013, p 106.

los padres proporcionan a sus hijos en su misma casa provoca una situación de desamparo en los menores. La Sala entiende incorporada la escolarización al concepto de básico de educación por lo que, a pesar de que la CE dé libertad a los padres para impartir la educación en el seno de la familia que estimen conveniente y para la elección del centro escolar, esto no supone que tengan la opción de no escolarizar a sus hijos. Por lo tanto, la citada Sentencia confirma el desamparo en base a que la educación es un derecho fundamental de los menores y no de los progenitores.

Por último, en lo que respecta a la permisividad o inducción al absentismo escolar son numerosas las Sentencias que tratan el tema. A modo de ejemplo, cabe nombrar la Sentencia de la AP de Castellón (Sección 2ª) de 22 de junio de 2005 (JUR\2005\207437) en la que se aborda un caso claro, en palabras de la Sala, de absentismo consentido y propiciado por la madre. En este caso se indica que la menor se ausentaba de manera continuada, pues de 108 días lectivos que tenía el curso, había faltado 76 de los mismo, y durante el siguiente curso escolar en octubre aún no se había producido su incorporación al mismo⁶¹.

h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial

Constituye una cláusula residual como colofón de la enumeración realizada por el art. 18.2 LOPJM, en la que se podrán incluir todas aquellas circunstancias, no contempladas específicamente en el precepto en las que concurren los requisitos exigidos por el art. 172 CC a los que nos hemos referido anteriormente. Ahora bien, esta situación debe ser causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

Así, por ejemplo, puede ser el caso del ingreso en prisión de los progenitores y la consecuente imposibilidad de hacerse cargo de los menores, como se señala en la Sentencia de la AP de Sevilla (Sección 2ª) de 5 de febrero de 2007 (JUR\2007\239369).

⁶¹ Sobre este mismo tema se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 3 de abril de 2012 (JUR\2012\195638), al determinar como procedente una declaración administrativa de desamparo de un menor debido a la permisividad que mostraban los progenitores con respecto al absentismo escolar de su hija. Sobre esta permisividad señala la Sentencia citada que es debida a la falta de límites a la menor, ocasionando todo ello importantes problemas de aprendizaje.

Con respecto a este caso, la reforma llevada a cabo por el legislador en 2015 regula el derecho con el que cuenta en menor de visitar a sus progenitores si estos se encuentran privados de libertad, estableciendo el art. 160.1 CC la necesidad de que la Administración facilite el traslado del menor acompañado, bien por un familiar designado por la Administración competente, bien por un profesional que prepare al menor para la visita, al centro penitenciario en el que se encuentre el progenitor. Deberá realizarse la visita al centro penitenciario fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

De igual, forma es muy frecuente encontrarse en la Jurisprudencia numerosos casos de cambio constante de domicilio, que ocasiona una falta de estabilidad de los menores. Así se establece en la Sentencia de la AP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de febrero de 2016 (JUR\2016\69277) en la que se presenta el caso de una progenitora que en un pequeño plazo de tiempo, de 2007 a 2011 realiza constantes cambios de ciudad: Barcelona, Ceuta, Sevilla, Granada, Huelva, Melilla y Málaga. Más aun, en cada ciudad se producen numerosos cambios de domicilio⁶².

Obligada es la referencia que debemos hacer a los casos de violencia doméstica, pues son abundantes las ocasiones la declaración de desamparo del menor viene propiciada por la situación de violencia de género vivida en el domicilio familiar, por ello, dada la relevancia que está cobrando este tema en nuestra sociedad la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 hace una referencia a ello señalando el apoyo a los menores que conviven en su entorno con una situación de este tipo.

Así el art. 12.3 de la Ley 26/2015 establece que en el caso de que los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una persona que sea víctima de violencia de género, las actuaciones que realicen los poderes públicos deberán contribuir a garantizar el apoyo indispensable para facilitar la continuidad de los menores con la víctima, así como la protección, atención y recuperación que sea necesaria para ellos.

⁶² Queda patente la declaración de desamparo de un menor a causa de los constantes cambios de domicilio tanto en la SAP Tarragona (Sección 1ª) de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009\462230) como en la SAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 18 de enero de 2007 (AC 2007\308).

Una de las Sentencias que abordan esta problemática es la Sentencia de la AP de Vizcaya (Sección 4ª) de 21 de marzo de 2014 (JUR\2014\183556) en la que se narra cómo unos menores presencian de manera habitual los malos tratos recibidos por su madre provocándoles una situación altamente desfavorable. Así podemos apreciarlo en los FD cuando la sala establece que “la convivencia de unos menores en un ambiente de violencia doméstica resulta totalmente perjudicial tanto para ellos como para su madre, víctimas todos en definitiva de los malos tratos sufridos personalmente por ésta”⁶³.

V. SITUACIONES QUE NO DAN LUGAR A DESAMPARO

El art. 18 LOPJM comienza estableciendo que en el momento en que la Entidad Pública certifique la situación de desamparo del menor, seguirá lo previsto en el art. 172 y siguientes del CC y asumirá la tutela del menor por ministerio de ley junto con las preceptivas medidas de protección siendo informado el Ministerio Fiscal y el Juez que dictó la tutela ordinaria para, a continuación, señalar una relación de casos que no podrán dar lugar a desamparo.

a) La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores

Establece el art. 18.2, párrafo segundo de la LOPJM, que no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la determinación de la situación de desamparo la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores. Así queda igualmente patente en la Sentencia de la AP de Toledo (Sección 1ª) de 28 de abril de 2015 (JUR\2015\132338) en cual se justifica la imposibilidad de declaración de desamparo por motivos de pobreza, basándose en la interpretación restrictiva que ha de hacerse del concepto de desamparo. Señala el magistrado en el FD tercero de la mencionada Sentencia, que el

⁶³ Así, por ejemplo, el Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 1 de abril de 2014 (JUR 2014\109705) señala que la el clima de violencia intrafamiliar en el que vivía el menor generaba una dejación y abandono de la protección del menor. En ese mismo sentido se pronuncia la SAP Murcia (Sección 4ª) de 20 de septiembre de 2012 (JUR 2012\369768) en tanto que se establece que la situación de la madre de víctima de violencia de género, así como la falta de seguimiento de las pautas marcadas con respecto a la atención del menor y a la resolución de la problemática de maltrato producía para el niño se encontrase sin la protección necesaria.

De lo expuesto en la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 3 de marzo de 2009 (AC 2009\1279) podemos concluir que las situaciones de violencia doméstica pueden desencadenar posteriores problemas, como en el caso que trata la Sentencia, en el cual a raíz de la situación de maltrato que sufría la madre del menor esta le llegó a proporcionar al niño tranquilizantes con el fin de poder suicidarse ella debido a la situación psicológica en la que se encontraba.

nivel económico con el que cuente la familia biológica no puede ser el motivo que suponga la declaración o no del desamparo, al tratarse este de una medida de tal magnitud. El desamparo debe aplicarse a casos con una elevada gravedad la cual conlleva situaciones mucho más complejas que gozar de una mejor o peor situación económica. Por lo tanto, establece de manera taxativa que la pobreza no significará *per se* signo de desatención y desamparo y habrá que analizar si concurren algunas de las circunstancias que sí son motivo para la declaración de desamparo⁶⁴.

Sin embargo, constituirá una situación de riesgo, tal y como señala el art. 17 LOPJM, dado que no se niega la realidad de las dificultades que puede suponer para el menor el crecimiento en un contexto de pobreza por lo cual en dichos casos será necesario adoptar determinadas medidas al respecto. Dichas medidas deberán ser proporcionales a las circunstancias, y no implicar decisiones tan extremas como las que supondrían el desamparo, pues en tal caso estaríamos hablando de separar de sus hijos a las personas que no tengan recursos.

Al respecto de esta cuestión y de la problemática que suscita a la hora de evaluar cada caso en concreto, puede ser de gran interés analizar las palabras de CARRASCO PERERA al respecto. Desde una posición más que crítica, el autor señala cómo a lo largo del tiempo el concepto de desamparo ha ido dejando atrás su reducido ámbito de abandono, maltrato físico y abusos sexuales para acabar abarcando "cualquier situación familiar que pudiera calificarse socialmente de patológica o escandalosa: niños educados en religiones incomprensibles, modos de vida familiares extravagantes, gitanos no escolarizados, inmigrantes desarraigados, prostitutas y drogadictos con hijos; y, finalmente, los pobres, que por su condición no pueden prestar a sus hijos los medios materiales o espirituales que les permitan salir del hoyo negro de la indigencia". Califica de hipócrita la posición generaliza que se crea en torno a la pobreza de los progenitores, ya que a pesar de que se afirma que éstas no podrá dar lugar a desamparo la realidad desde su punto de vista es que salir de la pobreza es prácticamente imposible mas si en algún caso se consigue en aras del interés superior del menor se considerará que es más

⁶⁴ En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2015 (4159/2015) resuelve un recurso desestimándolo y, por tanto, ratifica la declaración administrativa de un menor. La Sala se refiere al art. 18 LOPJM sin embargo matiza que la Sentencia recurrida no infringe este precepto pues aunque en el caso tratado existe una situación de pobreza de los progenitores pues no es esta la causa de la declaración desamparo sino la desatención moral y material desprendida de la prueba realizada. Por ello, no se puede considerar que la Sentencia recurrida contravenga la Ley.

favorable para el niño permanecer con su "nueva familia". Finaliza haciendo una mención a la interpretación que se hace del interés supremo del menor en tanto que, a su modo de ver, contribuye a un aumento cada vez mayor de las exigencias materiales, sociales y espirituales necesarias para que no se produzca la declaración de desamparo⁶⁵.

A pesar de la dura postura que mantiene al respecto, hay numerosos puntos con los que puedo estar de acuerdo, dado que no le falta razón al afirmar la doble cara que presenta la problemática de la pobreza de los progenitores, pues si bien no podrá constituir una situación de desamparo por sí misma parece muy difícil que una vez analizadas la circunstancias no se declare la mismas en aras del tan nombrado "interés superior del menor".

b) Imposibilidad de separar a un menor de sus progenitores por causa de discapacidad

Al mismo tiempo que el legislador se refiere a la situación de pobreza en el art.18.2 párrafo segundo LOPJM, introduce segundo inciso que señala que “en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos”.

El citado artículo de la Ley 1/1996 hay que ponerlo en conexión con la CDPD, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y de aplicación directa en nuestro país. En su art. 23.4 señala que “los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Podemos encontrar abundante Jurisprudencia sobre el tema tratado⁶⁶. Del análisis del Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de mayo de 2016, se deriva

⁶⁵ CARRASCO PERERA, A.: "Desamparados", *Aranzadi Digital*, 2003, p 1 (BIB 2003\835).

⁶⁶ Así, la SAP Málaga (Sección 6ª) de 17 de febrero de 2016 (JUR\2016\69277), que señala la revocación del desamparo de un menor por considerar que vulnera la CDPD. Esta declaración de desamparo está fundada únicamente en la discapacidad de su progenitora, ya que tal y como se señala en

que, en contra de la opinión de los recurrentes, puede ser declarada la situación de desamparo a pesar de la discapacidad de los progenitores. La citada Sentencia nos recuerda que lo que el art. 18 LOPJM señala es la prohibición de que el desamparo sea a causa de la discapacidad pero en el caso tratado concurren muchas más circunstancias que son las que hacen que se tome la medida señalada.

En estos casos, lo preceptivo es llevar adoptar medidas que permitan a la madre contar con el apoyo y la ayuda que necesita en su estado para poder cumplir con las necesidades de los menores a su cargo. Esta previsión viene contemplada en el art. 23.2 de la CDPD en tanto que establece que “en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

De igual manera, los menores contarán con los medios de protección que precisen para su óptimo desarrollo, como la actuación de un Equipo Técnico en el entorno doméstico.

VI. LA EXISTENCIA DE UN HERMANO EN DESAMPARO

Encontramos referencia a esta situación en el art. 18.2 párrafo tercero de la LOPJM. Dicho precepto señala que la existencia de un hermano en situación de desamparo constituirá un indicador para la declaración de desamparo de otro hermano. Sin embargo, se establece una matización importante al respecto: la excepción que supone el cambio notable de las circunstancias de la familia.

Esta regulación de la Ley 1/1996, tal y como ha sido modificada por la Ley 26/2015, supone un cambio, puesto que anteriormente la Jurisprudencia en muchos casos no consideraba indicio de desamparo en un menor la existencia de hermanos en dicha situación. Esto sería lo que ocurría con la Sentencia de la AP de Castellón

los Fundamentos de Derecho de la Sentencia, la enfermedad de la madre no ha supuesto un impedimento a la hora de desempeñar las funciones que le son atribuidas por ostentar la patria potestad.

Asimismo, la SAP Toledo (Sección 1ª) de 28 de abril de 2015 (JUR\2015\132338) equipara el modo de tratar la situación de pobreza con el de la discapacidad, y establece que en la medida en que dicha discapacidad no afecte al correcto desempeño de las tareas que les corresponden a los progenitores con respecto de sus hijos, esta no podrá ser causa de declaración de desamparo y por consiguiente de privación de la patria potestad.

(Sección 2ª) de 11 de junio de 2008 (JUR\2008\309724) en la cual se establece en sus fundamentos que los conflictos y la situación en que se encontrase el hijo mayor de la recurrente no pueden conducir de manera automática a determinar que esta no cuenta con las capacidades necesarias para hacerse cargo de su otro hijo, pues las circunstancias de uno y otro menor no son similares.

Asimismo, encontramos un choque entre lo establecido en el art. 18.2 LOPJM y lo convenido por el TS en diversas Sentencias. Una de ellas la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2011 (84/11), que establece en sus fundamentos que la situación de desamparo tiene que ser real pero para el concreto menor de cuyo caso se esté conociendo, por lo cual que los hermanos de éste hayan sido declarados en desamparo no supondrá para él la aplicación de la sentencia la que se confirma el desamparo de los hermanos.

De igual forma, si nos remitimos a la Sentencia del TS de 31 de julio de 2009 (RJ\2009\4581), a la que acudiremos posteriormente de nuevo para analizar otros aspectos, observamos que se refiere a este respecto desde el momento en que se afirma en sus FD que la declaración de desamparo debe ser consecuencia de un examen escrupuloso de las circunstancias concretas del menor, siendo el interés fundamental de éste el que deba guiar todo el proceso.

Por todo ello en mi opinión, el desamparo de un menor debe incumbir únicamente a la situación de éste, centrándose en la problemática del mismo con lo cual parece discutible el que la relación de los progenitores con otro hermano pueda influir, aunque sea solo como indicador, en la declaración de desamparo de un menor. Puede que haya casos en los que efectivamente los progenitores actúen incumpliendo la protección necesaria de un hijo y este sea el caso de todos los demás pero no podemos hacer una generalización, ya que podría dar lugar a casos de tremenda injusticia.

VII. COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA DECLARACIÓN DEL DESAMPARO.

Es el art. 172.1 del CC el encargado de establecer a qué órgano corresponde la facultad de declarar la situación de desamparo de un menor. Señala el citado artículo que será competente la Entidad Pública a la que, en su respectivo territorio, corresponda

la protección de los menores. En el momento en que dicha Entidad verifique la existencia de una situación de desamparo, tendrá por ministerio de ley la tutela del mismo y le corresponderá adoptar las medidas de protección pertinentes para su guarda. El MF deberá tener conocimiento de ello.

Si analizamos la anterior regulación que el CC establecía sobre esta materia, no podemos pasar por alto el debate que para la doctrina privatista se abrió al respecto sobre el órgano adecuado para determinar la situación de desamparo⁶⁷. De la redacción del CC realizada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC surge la polémica al establecer que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo".

Una parte de la doctrina entendía a la autoridad judicial como la competente para comprobar y declarar la situación de desamparo, tal y como establecía IGLESIAS REDONDO⁶⁸. Sin embargo, del preámbulo de la Ley 21/1987 resultaba que la declaración de desamparo y la asignación de la tutela a la Entidad Pública debía corresponder a la Administración competente y no a los Tribunales, de manera que los legisladores de las diferentes autonomías facultaron a la Administración autonómica para conocer de la situación de desamparo.

La actual redacción del art. 172 del CC, introducida por el legislador en 1996, es la que deja fue de toda duda la competencia de la entidad pública para declarar el desamparo, al introducir en el precepto la puntualización "deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda", de manera que explícitamente se concede esa facultad a la Administración.

Sin embargo, a pesar de que la competencia en la declaración de desamparo de un menor y posterior asunción de la tutela pertenece a las Administraciones Autonómicas, cabría la posibilidad de que se produjera una delegación en favor de las Administraciones locales a través de acuerdos⁶⁹. Por ello, a pesar de la posible

⁶⁷ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 226.

⁶⁸ IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, p.221 y ss.

⁶⁹ En Castilla y León así lo señala la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. Es su art. 126.3 el que lo posibilita ya que establece que "las

delegación, en cualquier caso la comprobación y declaración de desamparo estará asumida por una Administración Pública.

VIII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DECLARAR EL DESAMPARO DEL MENOR.

Una vez fuera de toda duda la competencia de la Administración a la hora de declarar el desamparo de un menor, es necesario que pasemos a analizar las distintas fases del procedimiento tendentes todas ellas a la determinación o no de la situación de desamparo. La Administración competente está obligada a realizar todas las acciones necesarias encaminadas a la comprobación de la procedencia de la declaración de desamparo. Por lo tanto, se deberá recabar todo tipo de información que pueda resultar útil para proceder al examen y valoración del entorno familiar, social y personal del menor y posteriormente determinar las medidas más adecuadas en aras de brindar al menor la adecuada protección, todo ello contando con la ayuda de técnicos expertos que posibiliten la realización de informes en el ámbito social, médico, psicológico o pedagógico.

Dado todo lo anteriormente expuesto, queda de manifiesto que el expediente formado en el procedimiento administrativo de desamparo debe contener tanto todas las circunstancias de menor como las razones que motivan la decisión final adoptada por la Administración competente, siendo estas últimas uno de los puntos más importantes dada la discrecionalidad técnica, de interpretación o de juicio⁷⁰. Asimismo, formarán parte del expediente todas aquellas medidas que se hayan considerado necesarias para la protección del menor, siendo preceptivo la explicación de cuáles son los motivos que han guiado a la Administración a la hora de determinar la medida adoptada como la más beneficiosa para el menor cuyo desamparo se está tratando.

En cuanto a la naturaleza del procedimiento de desamparo, debemos señalar que comúnmente es entendido como un procedimiento de naturaleza administrativa en tanto que se está desarrollando el ejercicio de una potestad que el Ordenamiento concede a la

Entidades Locales citadas en el apartado 1 de este art. podrán también asumir las competencias y funciones que de acuerdo con las normas de la Ley de Régimen Local de Castilla y León, puedan serles transferidas por Ley o delegadas por la Junta de Castilla y León".

⁷⁰ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 256.

Administración, actuando ésta en ejercicio de la autotutela declarativa y ejecutiva. Por ello, será la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el texto legal aplicable para todos los aspectos que no sean previstos por la legislaciones de las CCAA⁷¹.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina, entre los que se encuentra VILLA RUBIO, que entiende que, dado que la tutela administrativa se encuentra regulada en el CC, pertenece a la esfera del Derecho privado. Siguiendo este planteamiento no podríamos calificar la resolución administrativa que declara el desamparo como un procedimiento administrativo, sino que se trataría de un procedimiento civil.⁷²

Críticos con esta opinión doctrinal se encuentran tanto DE PALMA DEL TESO como SAÍNZ MORENO al entender errónea su argumentación por estar basada en la falta de objetividad de la Administración debido al hecho de que el procedimiento se encuentra presidido el mismo por el interés del menor⁷³. Para ellos la objetividad de la Administración supone una coincidencia con el concepto de buena administración, entendida esta como "la exigencia de una actuación administrativa bien fundada en el conocimiento de los hechos, en el derecho vigente y en los objetivos que se propone alcanzar"⁷⁴.

A mi parecer esta última postura es la más correcta, pues de la misma manera que entienden ambos autores, el carácter de acto administrativo queda determinado por el fin del procedimiento que supone el citado acto así como las características propias de los mismos, sin dejar a un lado las peculiaridades del ámbito de actuación, ya que el tratarse de la protección de menores la citación debe conjugar los principios de prudencia, rigurosidad y agilidad y rapidez.

⁷¹ Así queda expresado en la SAP de Valencia, de 30 de abril de 2002 (JUR 2002\185690), en la que su Fundamento de Derecho segundo expresa la necesidad de que la resolución administrativa de desamparo seas motivada de acuerdo a lo expresado por el art. 54 de la LRJ-PAC.

⁷² VILLA RUBIO, M.: "Protección de menores desamparados, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A.: *Protección de menores...*, 1999, p 63-69.

⁷³ SAÍNZ MORENO, F.: "Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)" en PENDAS GARCÍA, B.: *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemáticos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Praxis, Barcelona, 1993, p 129.

⁷⁴ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 258.

En lo que concierne a las fases del procedimiento, analizando la legislación de nuestra comunidad autónoma al respecto de la protección de los menores en situación de desamparo, la Ley 14/2002 señala en su art. 58.1 como forma posible de comienzo del procedimiento, la iniciación de oficio por parte de la Entidad Pública. Esta podrá producirse en razón de orden judicial, en tanto que se ponga en conocimiento de la Administración la posible situación de desamparo de un menor observada dentro de un procedimiento judicial tanto civil como penal. De igual forma podría darse el caso de que fuese una persona particular la que pusiese en conocimiento de la situación a la autoridad judicial o interponga una denuncia para que se dé cuenta a la Entidad competente. Continúa la Ley con la mención a la posibilidad de que sea el MF el que tome la iniciativa. A este respecto, debemos remitirnos al art. 174 CC en tanto que es el encargado de señalar que es al MF al que le incumbe la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores.

Otra de las posibilidades que darán lugar a la iniciación del procedimiento es la posibilidad con la que cuenta el menor de solicitar la protección y tutela de la Entidad Pública competente para la defensa y garantía de sus derechos (art. 10.2 a) LOPJM). Por último, la Ley 30/1992 reconoce en su art. 30 la capacidad de obrar del menor "para el ejercicio y defensa de aquéllos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela".

Finaliza el art. 58.1 de la Ley 14/2002 haciendo una mención a los medios por los cuales la Entidad Pública por sí misma podrá tener conocimiento de que un menor puede encontrarse en una situación de riesgo o de desamparo: a través de sus servicios o mediante notificación, informe o comunicación de la autoridad o sus agentes, funcionarios, profesionales o ciudadanos.

Si bien en la legislación de Castilla y León no encontramos presente ninguna forma más de iniciación del procedimiento, existe un sector doctrinal que considera más adecuada que estuviese expresamente presente en la normativa la posibilidad de que la iniciación del procedimiento se pudiera llevar a cabo a solicitud de persona interesada (como puede ser el caso de entidades u organizaciones sin ánimo de lucro cuya finalidad

sea la protección de los menores), de manera que supondría la posibilidad de iniciación tanto de oficio por la Entidad Pública como a instancia de parte⁷⁵.

Seguidamente se procederá a efectuar las comprobaciones iniciales e investigación previa pertinentes a efectos de determinar si realmente se cuenta con los elementos necesarios para incoar el procedimiento. Estas constituyen una fase de información anticipada de la evaluación para la obtención de los datos que sobre el caso pueda reunirse en un primer momento y supondrán una primera valoración sobre su entidad, alcance y consecuencias, y establecer en su caso la necesidad de actuar, tal y como señala el art. 60.1 de la Ley 14/2002. Se realizarán por los equipos a los que territorialmente corresponda llevándose a cabo, siempre que sea posible, un primer encuentro con el menor y sus padres, tutores o guardadores, debiendo evitarse en cualquier caso desproporcionadas intromisiones en la intimidad y en la vida privada y familiar.

A la hora de referirnos al plazo para llevar a cabo las actuaciones que hemos señalado anteriormente, deberán realizarse en el menor tiempo posible dentro del plazo determinado, sin embargo es necesario señalar la previsión que hace el art. 60.4 de la Ley 14/2002, para el caso de que la situación del menor sea crítica y requiera de una intervención urgente, como podría ser la constatación de que el menor sufre malos tratos o abusos sexuales, o suponga un riesgo grave e inminente para su integridad tanto física como psíquica. De encontramos con estas circunstancias, las investigaciones previas se darán por suficientes pasándose a adoptar las medidas de urgencia y el procedimiento sumario, gracias al cual se dictará resolución motivada declarando la situación de desamparo y acordando la asunción de la tutela por ministerio de la ley, continuando posteriormente con la tramitación con el objetivo de completar la instrucción y así poder confirmar la condición de desamparo o declarar la extinción de la tutela inicialmente constituida.

Dejando a un lado la posibilidad de que se lleve a cabo un procedimiento sumario, una vez concluidas las comprobaciones iniciales puede darse el caso de no se constante la existencia de indicios que den lugar a declarar una situación de de desamparo del menor, lo que conllevará el archivos de las actuaciones. En el extremo

⁷⁵ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 265.

contrarios nos podemos encontrar una investigación que haya supuesto la constatación de la existencia de indicios de desamparo, lo que supondrá la incoación del procedimiento.

Como última posibilidad nos encontramos con la opción de que las actuaciones realizadas por la Administración pongan de relieve la existencia de una situación de riesgo, con las consecuencias que ya hemos señalado anteriormente para estos casos. En el caso de que la medida adoptada sea la iniciación del procedimiento, se procederá a llevar a cabo la fase de alegación para un conocimiento más exhaustivo de la situación del menor así como sus circunstancias y necesidades.

Es necesario que hagamos una referencia al art. 64.2 de la Ley 14/2002 sobre la entrevista. En él se señala que podrán ser oídos padres, tutores y guardadores del menor para efectuar las alegaciones que estos consideren pertinentes, dado que se pueden ver afectados por la resolución del procedimiento y así, con su participación, se puede producir una defensa de sus intereses y los del menor.

Acudiendo a la normativa europea, el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala el derecho a un proceso equitativo, de manera que para respetar dicho artículo, los progenitores deben contar con la posibilidad de pronunciarse para así poder llevar a cabo una efectiva protección de sus intereses, así como de tener constancia de los informes recabados en el procedimiento. En el caso de que no se pudieran realizar dichas alegaciones o no se tuviera acceso a los documentos, se estaría contraviniendo además del art. 6.1 anteriormente citado, el art. 8 CEDH, el cual establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar al mismo tiempo que señala que la injerencia de la autoridad pública en este derecho sea necesaria⁷⁶.

⁷⁶ A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalando la necesidad de que, una vez analizadas las circunstancias del caso, los padres tenga la oportunidad de participar en el proceso en un grado que les permita ejercitar la protección de sus intereses. Añade el derecho que los progenitores tienen de estar al tanto de la información tenida en cuenta a la hora de tomar las decisiones con respecto al menor. De no cumplirse con todo ello, los padres serían privados de la posibilidad de participación en el procedimiento de manera adecuada. (STEDH, de 17 de diciembre 2002, asunto Venema y Venema-Huizing contra Países Bajos, 2002\75).

En igual sentido se pronuncia la STEDH, de 9 de mayo 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia (STEDH 2003\24) así como la STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A contra Finlandia (JUR 2003\50027).

Posteriormente se producirá la intervención de la Comisión competente para efectuar la valoración de las medidas más adecuadas para el menor y posteriormente plasmarlo en el Plan de Caso que contendrá las principales decisiones acordadas para proteger al menor con vistas a proporcionarle una integración definitiva, segura y estable así como los criterios y actuaciones de carácter técnico. Establece el art. 66.3 de la Ley 14/2002 que se intentará la implicación de la familia y del menor, considerándose la voluntad de éste, especialmente cuando haya cumplido los dieciséis años.

Una vez que se ha producido la finalización de la instrucción del procedimiento, encaminada a conocer la situaciones en la que se encuentra el menor, nos encontramos con la resolución que contendrá la apreciación de la situación de desamparo y la adopción de medidas, con un plazo máximo para ser dictada de tres meses a partir del momento en el que se tiene conocimiento del caso. Dicha resolución deberá estar convenientemente motivada y expresar las razones por las cuales la Entidad Pública ha tomado la decisión.

Es necesario que el MF tenga conocimiento de la resolución y la misma deberá ser notificada a los padres, tutores y guardadores así como al mismo menor en el caso de que hubiera cumplido doce años y, en el caso de encontrarse por debajo de esa edad, se tomará la decisión teniendo en cuenta su grado de madurez en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

El CC en su art. 172 impone la necesidad de que la información sea tanto clara como comprensible y en un formato accesible conteniendo las causas y los efectos de la decisión tomada. Cuando se dirija al menor deberá ser adaptada a su grado de madurez a fin de que pueda comprender el significado de la información así como ser conocedor de las razones y las concretas circunstancias en las que se va a encontrar tales como tiempo de duración de la medida, lugar de residencia así o régimen de relaciones con sus padres, contribuyendo todo ello a una actitud más positiva del menor⁷⁷. En los casos en los que sea posible, la información se facilitará de forma presencial.

⁷⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, F., LÓPEZ, B., FUERTES, J., SÁNCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p 159.

Como regla general, un educador social que no ha intervenido en el caso concreto, acompañado de un policía⁷⁸ por si hubiese una negativa a entregar al menor, es el encargado de realizar la notificación.

Sin embargo este proceder es criticado por un sector de la doctrina aludiendo al hecho de que podría resultar más beneficioso que la comunicación fuera realizada por un responsable que hubieran estado implicado en el caso o algún miembro del equipo técnico encargado de llevar a cabo las investigaciones previas. Su postura se basa en el conocimiento que estos pueden tener del entorno familiar, lo que repercutiría en una mejor comprensión por parte de la familia así como en una mayor posibilidad de colaboración tanto en el momento de la notificación como en posteriores ocasiones, repercutiendo todo ello de modo final en el interés superior del menor. Siendo este el principio general que rige todas la actuaciones en este ámbito, parece que no falta razón a la hora de plantear esta opinión acerca del modo de realizar la comunicaciones.

IX. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO

Para poder determinar la eficacia de la declaración de desamparo es necesario determinar a naturaleza de la actuación de la Administración, no teniendo la doctrina una opinión uniforme a la hora de calificarlo. Incluso existen autores que defienden la teoría de los actos separables, según la cual sería posible encontrar elementos del Derecho Administrativo dentro de las relaciones jurídico-privadas⁷⁹. A pesar de que en cierta medida se pueda considerar acertada esta opinión, no sería del todo válida puesto que siguiendo lo establecido por la misma, las declaraciones de desamparo (al menos aquellos actos de los cuales se desprendiera una naturaleza administrativa) podrían ser impugnables ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no es el caso⁸⁰.

Una amplia parte de la doctrina privativista entiende que la tutela administrativa de los menores desamparados constituye una institución civil, dado que dicha tutela fue

⁷⁸ En este sentido, el art. 74.2 de la Ley 14/2002 hace referencia al auxilio policial en los casos en que las medidas adoptadas no pueden ejecutarse con la sola intervención de los medios con los que cuenta la Administración.

⁷⁹ ARELLANO GÓMEZ, F.J.: "Interacción entre el Derecho Público y Privado en las fases previas al expediente judicial de adopción", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº612, p.2103; IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda asistencial...*, 1996, p 304.

⁸⁰ LÓPEZ AZCONA, A.: "La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo", *Aranzadi digital*, 2001,p 17 (BIB 2001\417).

incorporada al CC al amparo del art. 149.1 8 CE al considerarse "legislación civil". Sin embargo, otro sector doctrinal considera que la tutela asumida por la Administración de los menores desamparados se encuadra en la asistencia y servicios sociales, por lo cual defienden que se trata de una postura administrativa. En este sentido se pronuncia LÓPEZ LÓPEZ al afirmar que "la declaración de desamparo es una resolución administrativa que trasciende los límites propios del Derecho público para adentrarse en la esfera del Derecho privado, pues nos encontramos ante un acto administrativo que incide sobre el estado civil de las personas, desde el momento que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 172.1 CC, lleva aparejada la asunción de la tutela automática o *ex lege* por la Administración y la correlativa suspensión -que no extinción- de la patria potestad"⁸¹.

Uno de los medios que nos pueden permitir discernir si nos encontramos bajo una relación de Derecho administrativo o por el contrario de Derecho privado, son los medios con los que cuenta la Administración para llevar a cabo la protección y asistencia pública de los menores en situación de desamparo. Eso medios están constituidos por la ejecutabilidad de la resolución administrativa⁸².

En la legislación correspondiente a nuestra CCAA la ejecutabilidad de las resoluciones se encuentra presente en el art. 70.1 de la Ley 14/2002 en tanto que establece que las medidas y resoluciones serán ejecutadas por los servicios técnicos correspondientes en el ámbito de sus competencias⁸³. Por ello, la ejecutividad viene a determinar que las resoluciones de la Administración sean de cumplimiento para sus destinatarios sin necesidades de que sean validadas por los Tribunales, de lo cual se desprende que es el afectado el que deberá recurrir ante ellos la resolución para acabar con la presunción de validez.

De la resolución administrativa por la cual se declara a un menor en situación de desamparo produce dos efectos, siendo los dos de naturaleza civil. El primero de ellos supone la atribución automática de la tutela del menor a la Administración mientras que

⁸¹ LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: "Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad", *Diario la Ley*, nº6121, 2004 (La Ley 2375/2004).

⁸² DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 306.

⁸³ Los Tribunales han señalado la eficacia inmediata de las resoluciones administrativas. Entre otras, la SAP Gerona (Sección 2ª), de 12 de julio de 2002 (400/2002) estableciendo en su Fundamento de Derecho octavo la inmediata efectividad de la resolución a pesar de haber sido impugnada por los progenitores.

el otro efecto produce la suspensión automática, *ex lege*, de la patria potestad tal y como establece el art. 172.1 tercer párrafo CC. Por lo tanto, la asunción de la tutela del menor declarado en desamparo por parte la Administración produce de manera inmediata la suspensión de la patria potestad. Desde ese preciso momento, la Administración se constituirá como responsable de la guarda del menor siendo titular de los deberes que supone la misma y pudiendo adoptar las medidas que considere más convenientes para su protección.

La tutela supone el título jurídico que propicia que la Administración puede intervenir como poder público en un ámbito esencialmente privado como es el derecho de los padres y del menor a la vida familiar. La forma automática⁸⁴ en la que se produce la adquisición de la tutela viene determinada por el art. 172.1 CC cuando señala que cuando la Entidad Pública constate en la resolución administrativa que el menor se encuentra en situación de desamparo "tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo". De igual forma si acudimos a la LOPJM, en su art. 18 podemos observar ese carácter automático en tanto que señala que en el momento en que la Entidad Pública constate la situación de desamparo del menor, asumirá la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las medidas de protección necesarias e informando Ministerio Fiscal y, en el caso correspondiente, al Juez que acordó la tutela ordinaria".

Otra de las notas esenciales que podemos encontrar en los efectos generados por la resolución que declara el desamparo es su provisionalidad, de manera que la tutela administrativa durará en tanto que se mantengan los factores que dieron lugar a su declaración con la finalidad que una vez desaparezcan se produzca el reintegro del menor en su familia de origen. Así se desprende el art. 172.2 CC cuando establece el plazo de dos años para que los progenitores o tutores que tengan suspendida la patria potestad puedan solicitar a la Administración el cese de esa situación y la revocación de la declaración de desamparo.

Una vez el menor se encuentra declarado en desamparo y, por tanto la Administración tiene atribuida su tutela, esta procederá a adoptar las medidas de

⁸⁴ Dicho carácter automático se establece por la necesidad que existe de que la Administración proporcione al menor declarado en desamparo una protección rápida. Así lo señala la SAP Cuenca de 3 de julio de 2009 (AC 2009\1797) al entender el desamparo como la base imprescindible para una preceptiva intervención administrativa cuya finalidad es la protección del menor.

protección preceptivas. Sin embargo existe la problemática, cada vez más frecuente, de que la oposición de los progenitores u otros familiares que convivan con el menor impida a la Administración entrar en el domicilio⁸⁵ para hacer efectivas esas medidas de protección. El problema se produce al intentar conjugar esta necesidad de entrada en el domicilio con el art. 18.2 CE que señala inviolabilidad del domicilio en tanto que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito".

Con anterioridad a la reforma llevadas a cabo durante el verano 2015 en materia de menores, era la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la encargada de regular, en su art. 8.6, la potestad que tienen los juzgados de esa jurisdicción de conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilio siempre que sea necesario para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública. Sin embargo, con la aprobación de la LO 8/2015 se introduce un procedimiento específico encaminado a conocer de las solicitudes para entrar en un domicilio en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de menores⁸⁶. El citado procedimiento se encuentra regulado en el art. 778 ter de la LEC estableciendo la necesidad de que se produzca, por parte de la Entidad Pública al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio, una solicitud de autorización para la entrada en domicilios y demás edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello sea necesario para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ella para la protección de un menor.

Una gran parte de las Sentencias y los Autos que se pronuncia sobre la cuestión de la entrada en domicilio⁸⁷, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2015, para proceder a la ejecución forzosa consideran aplicar la doctrina consolidada del TC

⁸⁵ A tenor de lo establecido en el art. 40 CC, por domicilio entendemos el lugar en el que las personas naturales tienen su residencia habitual, y en su caso el que determine la LEC. Sin embargo, autores como LÓPEZ AZCONA consideran que en estos casos es preceptivo mantener un concepto constitucional de domicilio más amplio que el utilizado en el ámbito jurídico-privado o jurídico-administrativo.

⁸⁶ Señala la citada Ley en su Exposición de Motivos que la creación de dicho procedimiento especial se produce en aras de garantizar plenamente el equilibrio del interés superior del menor afectado por la resolución administrativa cuya ejecución exige la entrada en un domicilio y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art.18.2 de la CE. A pesar de tratarse de un procedimiento sumario, detallado y ágil permite tanto la intervención del MF como la audiencia al titular del domicilio.

⁸⁷ Auto AP Barcelona (Sección 18ª), de 3 de diciembre de 2015 (JUR\2016\20409); STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 17 de diciembre de 2015 (JUR\2016\37971).

recogida por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ con respecto a la entrada en relación con la protección de menores.

La mencionada doctrina fija cuatro aspectos principales a la hora de abordar la presente cuestión:

1º Inexistencia de infracciones evidentes, realizándose una correcta identificación del afectado por la ejecución.

2º Control de proporcionalidad e idoneidad de la medida ajustada al fin que se persigue.

3º Realización de la entrada con las limitaciones y exigencias necesarias para que la se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE⁸⁸.

4º El órgano judicial debe cerciorarse de que el acto administrativo para cuya ejecución se solicita autorización de entrada no está siendo o ha sido objeto de recurso.

X. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DESAMPARO

Dispone el CC en su art. 218 la necesidad de inscripción de las resoluciones judiciales concernientes a cargos tutelares y curatela. Asimismo, señala que no serán oponibles las mismas a terceros hasta que no se hayan realizado las preceptivas inscripciones.

A pesar de que la actual Ley que regula el Registro Civil es la Ley de 8 de junio de 1957, resulta interesante analizar la Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil, la cual en este momento se encuentra en *vacatio legis* pues se ha señalado un prórroga para su entrada en vigor el 30 de junio de 2017.

La nueva Ley en su art. 71 se señala la inscripción relativa a la patria potestad y sus modificaciones señalando que será inscribible la extinción, privación, suspensión, prórroga y rehabilitación de la patria potestad. Es la Constitución la que, en su art. 149.1 8º, otorga competencia exclusiva al Estado en cuanto a materia de Registro Civil se refiere.

⁸⁸ La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece la necesidad de respetar los extremos de la duración y el tiempo de la entrada así como el número de personas que acceden al domicilio. Así se aprecia en la STEDH (Sección 4ª) de 7 de octubre de 2008, asunto Mancevschi contra Moldavia (TEDH 2008\76)

Sin embargo la única mención que se hace de la situación de desamparo viene de la mano del art. 48 de la Ley 20/2011 en tanto que señala que las Entidades Públicas de las CCAA promoverán en el menor tiempo posible la inscripción de los menores en situación de desamparo por abandono así como la inscripción de la tutela administrativa, sin perjuicio de la guarda que deban asumir.

Existe poca doctrina acerca de este tema, si bien son varios los autores que consideran la necesidad de que se inscriba el desamparo en aras de otorgarle al publicidad registral necesaria. La anotación que entienden preceptiva es una anotación marginal de manera que se asegure la protección integral de los menores⁸⁹.

La Resolución de 30 de mayo de 2006 de la Dirección General de Registros y del Notariado (RJ 2007/3393) se pronuncia a propósito de una reclamación de inscripción del desamparo de un menor. Señala que dicha inscripción no procede dado que se trata de una tutela diferente a la ordinaria que no puede ser inscrita debido a que se sustenta en una situación de hecho del desamparo que se produce por ministerio de la ley. La suspensión de la patria potestad no es inscribible porque no constituye una suspensión absoluta sino una consecuencia legal de la situación de desamparo. A pesar de ello se admite "la publicidad registral de la situación jurídica derivada de la declaración administrativa de desamparo con el valor meramente informativo que le corresponde, a través de una anotación marginal", debido a que el procedimiento puede afectar a lo contenido en el Registro en el supuesto que, posteriormente, se produzca un acogimiento del menor. Dicha publicidad registral puede contribuir a la coordinación de las "tutelas administrativas" con el Registro Civil⁹⁰. En este sentido encontramos el art. 23 de la LOPJM que señala la creación por parte de la Fiscalía de un Índice de Tutelas de menores que contribuya al ejercicio de la función de vigilancia.

⁸⁹ IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda asistencial...*, 1997, p.97; SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: "Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral", *Actualidad Civil*, 1998, p 89.

⁹⁰ Así, entiende MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. (en: "La Seguridad Jurídica...", 2009, p 276) que se debe garantizar un único Registro siendo el adecuado el Registro Civil. Con ello se evitarían casos como el presente en la SAP La Rioja de 10 de diciembre de 2001 (JUR\2002\66372) en la que existe una convergencia entre las actuaciones llevadas a cabo por la Administración y las judiciales en tanto que existen dos guardadores del menor con títulos jurídicos incompatibles entre ellos: la madre ostenta la guarda y custodia y al mismo tiempo se acordó el acogimiento del menor.

XI. LAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE PADRES O TUTORES FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Resulta útil poner de manifiesto que a pesar de a ser una Administración Pública la encargada de asumir la protección de los menores a través de los actos y decisiones de naturaleza pública que considere preceptivos, las facultades de tutela automática o de guarda se derivan del CC por lo que dichos actos administrativos tuitivos se encuentran regulados por el Derecho privado⁹¹. Por tanto es necesario remitir al orden civil la impugnación de decisiones administrativas en esta materia en defecto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal y como señalan las leyes a las que a continuación haremos referencia.

En primer lugar, la LEC señala el procedimiento por el que se sustancia la oposición a resoluciones administrativas sobre protección del menor como preferente, siendo competente para conocer del mismo el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, lo que supone la aplicación de un fuero especial dando un privilegio a la Administración en defecto del fuero general que sería el domicilio del menor.

Si acudimos al art. 780 LEC encontramos la regulación correspondiente al procedimiento referente a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La reclamación previa en vía administrativa no será necesaria para oponerse ante los Tribunales Civiles a las resoluciones dictadas que atañan al menor.

Como personas legitimadas para formular oposición se encuentran, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el MF y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. La Disposición Adicional Primera de la LOPJM determina las normas de la jurisdicción voluntaria como el cauce por el que se deben guiar las actuaciones contra las resoluciones de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

⁹¹ Coincidente con esta opinión se muestra la autoría BOCCIO SERRANO, J.: *El derecho...*, 2014, p 308.

Dentro de las posibles actuaciones que se puede llevar a cabo frente a la Administración en lo que respecta a la protección de menores debemos diferenciar entre las acciones de oposición y las acciones de revocación. Las primeras están referidas al ataque de la propia resolución contra la que no se está de acuerdo, mientras que las segundas por su parte se encuentran fundamentadas por un cambio en las situaciones que dieron lugar a la declaración de desamparo o a las medidas tomadas por la Administración por lo cual no se está cuestionando la resolución dictada, sino su adecuación a la circunstancias actuales del caso.

Con respecto a las acciones de oposición debemos señalar que estas pueden entablarse con respecto a la resolución de declaración de desamparo o bien contra el resto de resoluciones de la Administración en materia de protección. Cuando nos referimos a la oposición a la declaración de desamparo debemos tener presente el plazo de dos meses desde que se conoce la notificación que establece el art. 780 LEC. Esta oposición podrá estar fundamentada por la incorrecta valoración de los hechos por los cuales se determina el desamparo o incluso por la inexistencia de los mismos. La oposición hacia el resto de resoluciones puede ir dirigida contra la regulación del régimen de visitas establecido, la denegación del cese de guarda voluntaria o medidas educativas. Igual que en el caso anterior contará con el plazo de dos meses desde la notificación.

La acción de revocación se basa en un cambio de las circunstancias que motivaron la resolución administrativa de desamparo, deben ser ejercitadas por los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, en el plazo de dos años (art. 172.2 CC). Por ello, transcurrido dicho plazo desde la notificación de la resolución de desamparo, los padres del menor carecen de legitimación directa tanto para impugnar las resoluciones de protección, como para instar su revocación por causas sobrevenidas.

A la hora de establecer el plazo del que disponen los padres para poder oponerse, el legislador debía tener en cuenta lo establecido por el art.9 CDN en el que se establece el derecho de los niños a vivir con sus padres, excepto en caso de que su separación sea necesaria para su interés superior así como el art.3 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 al establecer como prioridad el cuidado de los niños por los padres. Por tanto se entiende razonable el

plazo de dos años para dar opción a los padres a superar las circunstancias que les hubieren impedido cumplir con sus deberes. Asimismo, para revocar otras resoluciones adoptadas para la protección del menor por superar las causas que las provocaron, los padres o tutores cuenta con el plazo de dos años como establece el art. 172.2 segundo párrafo CC.

Por último, debemos atender al art. 172.2 tercer párrafo CC en tanto que señala que pasado el plazo de dos años decaerá el derecho de los padres o tutores a oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. Por lo cual se produce una caducidad en cuanto a las posibles acciones a ejercitar por los progenitores. Como última opción éstos estarían facultados para facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo, siendo el Ministerio Fiscal el único legitimado para oponerse a la resolución de la Administración transcurrido el plazo de dos años.

A propósito de la posibilidad de acudir a la vía judicial para impugnar las resoluciones de la Entidad Pública competente en la protección de los menores, es de relevancia referirnos a la reiterada doctrina⁹² del TC, señalada en la STC (Sala 2ª), de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002\124) en el sentido de establecer que en los procedimientos en los que se trata la oposición a medidas relacionadas con la protección del menor, "se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... (tanto) los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, (que) son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen". Por ello, en este tipo de procesos, es frecuente que se ofrezca una amplia posibilidad de alegaciones a las partes interesadas así como diversos documentos. No se trata de un simple proceso en el que se encuentra un conflicto entre pretensiones privadas sino que en ellos "se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés superior del menor".

⁹² Dicha doctrina es aplicada por numerosas Sentencias, entre ellas la STC (Sala 1ª) de 4 de abril de 2005 (RTC 2005\75) así como la STC (Sala 2ª) de 28 de abril de 2008 (RTC 2008\58).

Como venimos señalando a lo largo de este epígrafe, existe una constante controversia acerca de la cuestión de la naturaleza del procedimiento que nos ocupa. Voces como HUÉLAMO BUENDÍA defienden la postura de que nos encontramos ante un proceso a mitad de camino entre el ámbito público y el privado dado que incumben al ámbito del derecho de familia y de menores y por lo tanto tienen naturaleza de carácter público, lo que hace que el principio dispositivo quiebre y restrinja la disponibilidad de su objeto⁹³. A la hora de analizar esta cuestión puede resultar de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de enero de 2004 (REC 538/2001) en la cual su FD cuarto señala la existencia de supuestos, a los que se podría denominar "Administración pública de Derecho privado", en los cuales a pesar de encontrarse la autoridad actuando en el ejercicio de potestades públicas, la actividad que desarrolla tiene como finalidad la garantía de relaciones de Derecho privado. Finaliza el Tribunal señalando que "por lo general, nuestro Ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la 'cuestión civil' planteada a la jurisdicción de esta clase"⁹⁴.

Es necesario puntualizar también que estos procesos no van a gozar del carácter de cosa juzgada puesto que un eventual cambio de las circunstancias de la situación del menor podrá suponer la modificar las resoluciones judiciales que al respecto se hubieren adoptado.

XII. EL DERECHO A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON LA FAMILIA

Es necesario determinar qué entender por relaciones personales, y estas pueden ser definidas como un compendio de relaciones -desde la simple visita hasta la permanencia varias semanas y cualquier manera de comunicación- entre un menor de

⁹³ HUÉLAMO BUEN DÍA, A.J.: "Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores", *www.fiscal.es*.

⁹⁴ Puede resultar útil de igual forma el planteamiento señalado en la SAP Alicante de 24 de julio de 2008 (JUR 2009\5003) haciendo constar que, si a medios para procurar una protección de los menores se refiere, la Administración Pública se encuentra en el ámbito del Derecho Administrativo; sin embargo, se somete al Derecho Civil a la hora de tratar supuesto de desamparo con significación jurídica, estando las instituciones como la tutela automática o la guarda dentro del ámbito del Derecho Privado "de forma que la frecuente intervención administrativa en la materia no hace decaer su carácter eminentemente civilístico, siendo así la tutela pública una función social de Derecho Privado orientado a satisfacer necesidades familiares. Por ello las resoluciones y procedimientos previos de la Administración estarán sometidos al Derecho Administrativo, pero el producto de esa actividad lo están al Derecho Civil con plena sumisión a las normas del Código Civil y de Ley de Enjuiciamiento Civil".

edad y otra persona entre las cuales hay algún impedimento jurídico para verse con normalidad⁹⁵. Por ello no es correcto utilizar de manera sinónima "visitas" y "relaciones personales" ya que el segundo incluye el primero y otras muchas más formas de comunicación; sin embargo, tanto en la diferente doctrina como en la Jurisprudencia se alude a esta cuestión bajo el nombre de "relaciones familiares" aunque en sentido estricto estas relaciones puedan mantenerse con personas que no son familia⁹⁶.

La CDN es la que en su art. 9.3 señala que los Estado parte del Convenio deberán respetar del derecho que le asiste a todo niño, estando separado de uno o de ambos progenitores, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de forma regular, solo quedando este derecho exceptuado en caso de que sea contrario al interés superior del menor.

Son muchos los factores que hacen de las visitas y comunicaciones entre los progenitores y los hijos un elemento fundamental en aras a valorar si se podrá producir un posterior retorno con la familia de origen. Entre los beneficios que se destacan de este contacto con los padres biológicos encontramos la seguridad que tienen el menor ya que no se siente abandonado, posibilitan evaluar las relaciones con la familia e incluso hacen que los padres asuman responsabilidades con respecto a los menores⁹⁷.

Existe numerosa Jurisprudencia⁹⁸ en relación con el régimen de visitas de los menores declarados en desamparo. También encontramos doctrina que determina las

⁹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Derecho de visita*, J.M. Bosh Editor, Madrid, 1997, p 18.

⁹⁶ DÍAZ ALABART, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados", *Revista de Derecho Privado*, mayo- junio 2003, p 352.

⁹⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, F., LÓPEZ, B., FUERTES, J., SÁNCHEZ, J.M., MERINO, J.: *Actuaciones frente...*, 1995, p 170-172.

⁹⁸ La STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\104296) sigue la doctrina señalada por Sentencia de 18 de junio de 2015 en tanto que informa de la potestad de la Administración para la suspensión del régimen de visitas al ser una facultad garantista.

En la SAP Tarragona (Sección 1ª) de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016\63372) podemos observar los motivos, que en ese determinado caso, llevan al Tribunal a la desestimación del recurso contra la suspensión del régimen de visitas de un padre hacia su hijo. Aspectos como el modo despectivo en el que el padre se dijo al hijo al respecto de la enfermedad de éste, las conductas perjudiciales que conllevan las visitas, la falta de capacidades educativas y protectoras del progenitor así como la el no deseo del menor de las comunicaciones, hacen que se desaconseje la reanudación de las visitas.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 5 de noviembre de 2015 (JUR 2016\6678) señalando la conveniencia de que las visitas entre una madre y su hijo continúen suspendidas. En la presente Sentencia se hace una matización consistente en que la resolución de la Administración no limita ni excluye el régimen de visitas sino que lo suspende por entender que resulta en contra al interés del menor las afecciones emocionales que sufre después de las visitas así como el retraso en el aprendizaje y la oposición a ver a la madre.

relaciones personales como un "derecho-deber y un derecho-función" para las personas que lo ejercen, dado que no se concede con el único motivo de satisfacer el interés del titular sino que también se concede en aras del interés del menor⁹⁹.

La Sentencia que sentó doctrina sobre la competencia de la Entidad Pública para suspender el régimen de visitas de menores bajo su tutela y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos fue la Sentencia del TS de 18 de junio de 2015 (RJ 2015/2203). En ella se establece que la medida de impedir la relación de un menor con sus padres biológicos es trascendental y "solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que ocurre en ese caso, en el que la medida se adopta para garantizar la protección e integridad física y psicológica de la menor, a partir de un análisis detallado de todas pruebas que se han practicado, en beneficio e interés de la menor". Por todo ello se fija la doctrina jurisprudencial consistente la legitimación con la que cuenta la Entidad Pública para pronunciarse acerca de la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores que se encuentran bajo su tutela por ministerio de la ley y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos.

La finalidad es garantizar el buen propósito de las medidas de protección acordadas, pudiendo el MF ejercitar su función supervisora así como el control judicial de la resolución administrativa adoptada.

Con la reforma efectuada en el año 2015 se incorpora la doctrina jurisprudencial, presentando el art. 160 CC una redacción diferente, dejando constancia de que las comunicaciones personales entre el menor y la familia una vez que estos no ejerzan la patria potestad son un derecho del niño, y no se presentan como un derecho de los padres como en la anterior regulación.

En el análisis de la SAP Málaga (Sección 6ª) de 9 de junio de 2015 (JUR 2015\291595) observamos la petición de unos padres, alegando una vulneración del art. 160 CC, de que el Tribunal estime la reanudación del régimen de visitas ya que, en su opinión, ello no supondrían ningún obstáculo a la integración de la menor con la familia de acogida. También alegan la necesidad de que mantenga relación con su hermana, la cual continúa viviendo con sus padres. Sin embargo, se mantiene la suspensión de las comunicaciones y visitas con los progenitores ya que, analizados los informes, supondrían un grave perjuicio para la menor.

⁹⁹ LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: *Los Menores en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2002, p 242 y VERDERA IZQUIERDO, B.: "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", *La Ley*, n 5669, 2002, p 7.

Otra de las novedades que podemos observar en la regulación de esta cuestión es la introducida por el art. 161 CC posibilitando que sea la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio corresponda la protección de menores, la que regule las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados con respecto a los menores declarados en desamparo. La introducción expresa de los hermanos y los abuelos así como de otros parientes y allegados tal vez no hubiera sido necesaria pues todos ellos se encontraban ya dentro del término "parientes" que figuraban en la redacción del precepto antes de la reforma. Sin embargo, puede entenderse como una señalización que hace el legislador a la especial importante que revisten las relaciones tanto con los hermanos como con los abuelos¹⁰⁰. En lo referente a la cuestión de los abuelos se ha reconocido ampliamente por la doctrina y por numerosos autores la importancia que tienen y su protagonismo con respecto de otros parientes y allegados¹⁰¹.

XIII. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS Y LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Una de las notas características de la tutela que asume la Administración es su carácter relativamente provisional de manera que solo se mantendrá en tanto que se mantenga la causa que propició la declaración de desamparo.

Por ello, cuando la Entidad Pública interviene y producto de esta intervención se produce la separación del menor de su familia de origen, las acciones de la Administración deberán también llevarse a cabo en el entorno familiar del menor desamparado para intentar anular los factores que produjeron la situación de desamparo. La citada intervención en el entorno socio-familiar se realizará a través de los servicios sociales de la localidad correspondiente. Por lo tanto, podemos afirmar que la separación del menor de su familia se produce de manera temporal hasta el momento en

¹⁰⁰ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "Últimas reformas de las instituciones...", *Aranzadi Digital*, 2016, p.8 (BIB 2016\862).

¹⁰¹ ACEVEDO BERMEJO, A.: *Las relaciones abuelos-nietos: régimen de visitas, reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006; COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi, Navarra, 2005, p.108 (BIB 2004/1793).

el cual el menor declarado en desamparo pueda regresar a su núcleo familiar o sea otra persona la que asuma su patria potestad¹⁰².

Tratando el tema de la modificación de las circunstancias es necesario referirnos a la STS (Sala de lo Civil) de 31 de julio de 2009 (5817/2009). En Sentencia se plantea una cuestión principal: la procedencia del juez para contemplar la existencia de un cambio de circunstancias con respecto de los progenitores producido posteriormente al momento en el que se decretó el desamparo o sin embargo son contemplables únicamente las circunstancias que tenían lugar en el momento de declararse el desamparo por parte de la Entidad Pública y "subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas".

Como indica la Sentencia, existía doctrina contradictoria en las AP de manera que, para alguna de ellas¹⁰³, el juez a la hora de decidir sobre la impugnación de la declaración de desamparo debe atenerse exclusivamente a las circunstancias que tenían lugar en el momento en que se produjo la declaración de desamparo. En sentido contrario, existe otra corriente de opinión¹⁰⁴ que entiende que se deben tener en cuenta los cambios en las circunstancias de los progenitores que ocurran con posterioridad al momento de la declaración de desamparo independientemente de que en un primer momento hubiera sido procedente la resolución administrativa de desamparo.

La Sala fijó doctrina en el sentido de que el juez, al analizar la impugnación de la declaración de desamparo llevada a cabo por la Entidad Pública, podrá tener en cuenta "el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad". Para llegar a esta conclusión el TS acude a la jurisprudencia constitucional, la cual establece que dado el carácter de los procesos y la importancia de los intereses tanto de los menores como de los

¹⁰² DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 325.

¹⁰³ SAP Sevilla (Sección 2ª) de 3 de junio de 2008 (1709/2008); SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 26 de marzo de 2007 (606/2006); SAP Granada (Sección 5ª) de 22 de junio de 2007 (650/2006).

¹⁰⁴ Así lo observamos, entre otras, en la SAP Valencia (Sección 10ª) de 29 de noviembre de 2002 (781/2002); SAP León (Sección 1ª) de 30 de enero de 2008 (373/2007) y la SAP Castellón (Sección 2ª) de 25 de noviembre de 2008 (RJ\2009\132853) en la que señalan sus fundamentos jurídicos que se observa después de dictar la resolución administrativa de desamparo han tenido lugar cambios en las circunstancias que propiciaron la declaración de desamparo. Estos cambios son tenidos en cuenta como indicios de que los progenitores "han empezado a tomarse en serio la cuestión de recuperar a sus hijos".

progenitores, siendo todos ellos afectados, existe un "menor rigor formal" permitiendo al juez ampliar sus facultades en garantía de los intereses en juego¹⁰⁵.

A este respecto es necesario señalar lo que establece el CC en su regulación. Es el art. 172.2 el encargado de establecer el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo con el que cuentan los progenitores que tengan suspendida la patria potestad o tutores que tengan suspendida la tutela, para solicitar a la Entidad Pública el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de desamparo. Esta solicitud se realizará si entienden que debido al cambio de circunstancias que motivaron la declaración se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad o la tutela respectivamente.

Sin embargo, determinados autores como ALLUEVA AZNAR¹⁰⁶ opinan que cabría la posibilidad de plantearse si en defensa del interés superior del menor, los jueces podrían dictaminar su retorno con su familia biológica independientemente del plazo transcurrido desde la declaración de desamparo.

Con la reforma realizada a través de la Ley 26/2015 se cumplen los deseos de gran parte de los autores, puesto que es posible en cierta manera ya que, a pesar de que pasados dos años decae para los padres el derecho de oponerse a la resolución administrativa de desamparo, el MF conservará la legitimación para oponerse a la resolución de la Entidad Pública pero será el único que pueda hacerlo transcurrido el plazo de dos años.

XIV. RETORNO DEL MENOR A SU FAMILIA BIOLÓGICA

Íntimamente ligado al tema tratado con anterioridad se encuentra el retorno del menor con su familia de origen. El decretar una situación de desamparo lleva implícito proporcionar asistencia de manera inmediata por parte de la Administración hacia un menor necesitado de ella en dicho momento. Sin embargo, inicialmente se trata de una medida no permanente, cuyo principal objetivo debe ser conseguir la normalización de la situación familiar. Todos los menores cuenta con el derecho a permanecer su familia

¹⁰⁵ STC de 28 de abril de 2008 (58/2008).

¹⁰⁶ ALLUEVA AZNAR, L.: "Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores", *INDRET*, 2011, p 18.

de origen¹⁰⁷, por ello, una vez se superen las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo, el menor debe volver junto con ella¹⁰⁸.

Doctrinalmente se entiende que la CE ha dado lugar a la existencia de un sistema mixto de protección ya que a la vez que el art. 39 del mismo texto señala obligación de los poderes públicos de proteger a los hijos, los padres deben prestar la asistencia necesaria a los menores, por lo cual se reparte la responsabilidad entre el sector público y el privado, es decir, Administración y familia¹⁰⁹.

Sin embargo, a la hora de referirnos a este respecto no podemos dejar de lado el principio general de búsqueda del interés superior del menor, pues es el que debe guiar todas las actuaciones llevadas a cabo¹¹⁰. Por ello, cuando sea lo más beneficioso según el interés del menor, la Administración tendrá que realizar las actuaciones preceptivas para la reintegración del menor en su núcleo familiar; por lo cual, la tutela de la administración solo persistirá en el plazo en el cual se subsanen los riesgos por los cuales se decretó el desamparo¹¹¹.

Para poder abordar con precisión todas las cuestiones concernientes a este tema, debemos acudir a la STS (Sala de lo Civil) de 31 de julio de 2009 (RJ 2009\4581) a la cual ya hicimos referencia cuando abordamos la cuestión del interés superior del menor y del cambio de circunstancias de los progenitores. Esta Sentencia sienta doctrina¹¹²

¹⁰⁷ Cabe la posibilidad de entender este derecho con el que cuentan los menores de manera inversa, de tal forma que el niño puede tener derecho a ser alejado de su familia de origen si así beneficia a su interés, debiendo realizar la Entidad Pública las medidas necesarias para ello. Vid. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La Seguridad Jurídica...*, 2009, p 120.

¹⁰⁸ BOCCIO SERRANO, J.: *El derecho...*, 2014, p 205.

¹⁰⁹ ROCA, E.: *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p 33.

¹¹⁰ Así, se defiende por parte de algunos autores que debe prevalecer el derecho a la estabilidad e integridad psíquica del menor frente al eventual derecho de la familia de origen a recuperarle. Vid. CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia", *Aranzadi Civil*, 2003 (BIB 2003/1118).

¹¹¹ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas...*, 2006, p 326.

¹¹² Doctrina reiterada en la SAP Alicante (Sección 6ª) de 21 de febrero de 2007 (JUR\2007\265449) en la cual se deniega la vuelta del menor con su familia de origen y, por tanto, se mantiene en acogimiento preadoptivo. El fundamento que motiva esta decisión es principalmente el interés del menor que, en este caso, dada la aceptación del menor al nuevo entorno familiar en el que se sienten valorados así como la buena acogida en el entorno social, es permanecer junto con la familia de acogida.

Asimismo, la STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 2015 (RJ 2016\117) en la que además de citar la doctrina sentada por la STS 31 de julio 2009 añade que en los casos en los que pueda existir una colisión entre el interés del menor y el de los padres biológicos, el de estos últimos no va a suponer un derecho absoluto, en tanto que se trate de proteger los intereses de los menores, "debiendo primar las que resulten más favorables para éstos, incluidas las que propicien el retorno a la familia natural, a salvo que no sean favorables para el interés del menor". En el caso de la presente Sentencia, entre los motivos

estableciendo que a la hora de decretar el retorno del menor a su familia de origen "no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico". De esta doctrina se desprende que no bastará una mejora de la situación causante del desamparo, sino que será necesario tener en cuenta otros aspectos.

Al referirse al principio de reinserción en la propia familia lo hace puntualizando que se trata de un principio considerado en abstracto que constituye una directriz de manera que establece "un mandato genérico no por razón del objeto, sino por razón del fin". Por ello manifiesta la Sala que no se trata de imponer soluciones predeterminadas sino que de constituir una previsión de adecuación a los fines perseguidos a través de la adopción de medidas que permitan la reinserción en la propia familia. En el caso de que el principio del interés del menor y la reinserción en la familia resulten contradictorios, se debe llevar a cabo un ponderación para atribuir un valor a cada uno de ellos. La Sentencia acaba señalando la cuestión de que no puede entenderse el derecho de los progenitores como un principio absoluto sino que se encuentra subordinado al interés

que se alegan para argumentar como más favorable el no regreso con la familia biológica se encuentra la seguridad y el sentido de pertenencia que tienen los menores en la familia de acogida, la evitación de un cambio que pueda suponer problemas psicológicos en los niños, la continuidad escolar en el mismo centro así como la vinculación que se han desarrollado entre ellos y su deseo de continuar en la familia de acogida.

La STS (Sala de lo Civil) de 6 de junio de 2014 (2131/2014) declara sin efecto una Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada por considerar que ésta se aparta de la doctrina fijada por el TS en la Sentencia de 31 de julio de 2009, dado que el interés del menor "se relativiza" al basar el cambio de circunstancias de los progenitores en meras especulaciones pues en la fecha de la Sentencia no se ha producido.

del menor que actúa de forma preferente. Por lo tanto, el retorno del menor no podrá adoptarse cuando no sea compatible con las medidas más favorables para él.

Es necesario hacer igualmente una referencia a la STS de 23 de mayo de 2005 (384/2005) en la cual ya se señaló que la determinación del beneficio mayor para el menor, denominado *favor filii*, debe perseguirse con independencia "de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración (como "concepto jurídico indeterminado" que es) de una calificación jurídica, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación"¹¹³.

Así el art. 172 ter, apartado segundo, CC establece que siempre se buscará el interés del menor y se priorizará, en los casos en los que no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia. De igual forma señala dicho precepto que se intentará que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. Concluye con el establecimiento de una revisión al menos cada seis meses de la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación¹¹⁴.

Actualmente, la doctrina de la Sentencia de 2009 se recoge en la LOPJM y a ello hace referencia la EM de la Ley 26/2015 en tanto que señala el deber que tiene la Entidad Pública de realizar un plan individual de protección e incluir en él la reintegración familiar en el caso de que esta se pueda producir. Estas cuestiones son reguladas por el art. 19 bis apartados 2,3 y 4, señalando las cuestiones necesarias para que se produzca el retorno del menor a su familia de origen así como el apoyo que la Administración debe brindar a la familia a través de un seguimiento.

¹¹³ La misma doctrina es aplicada por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 13 de junio de 2011 (RJ 2011\4526), aplicando a su vez lo establecido por la STS de 31 de julio de 2009 en cuanto al interés del menor se refiere. De todo ello desprende la Sentencia la improcedencia del retorno del menor con la familia biológica dada la falta de relación con ella así como las circunstancias en las que se encuentran los progenitores.

¹¹⁴ La regulación señalada encuentra sus antecedentes en diversos textos internacionales así como en la Ley italiana 184/83. En lo referente al concepto de "propia familia" utilizado por nuestro CC, VARGAS CABRERA (en: *La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994, p.121) entiende que se refiere a la familia nuclear.

A pesar de que la Sentencia del TS de 31 de julio de 2009 sentó una importante doctrina y que la misma es recogida por la Ley, continua habiendo diferentes corrientes de opinión que se muestran más favorables a un retorno preferente del menor a la familia biológica¹¹⁵. Uno de los partidarios de estas opinión es CARRASCO PERERA, el cual señala que nos encontramos frente a un "oficializado sistema de devotos de la reinserción de menores en capas sociales más favorecidas que los padres de los que nacieron"¹¹⁶.

Supone una dificultad pronunciarse sobre este tema dada la trascendencia que implica. Sin embargo, desde mi punto de vista, no le falta razón al autor anteriormente mencionado ya que, si se analiza la Jurisprudencia, en la mayor parte de los casos podemos observar cómo se termina inclinando a favor de la permanencia en la familia de acogida, todo ello justificado en base al tan aludido interés superior del menor. Atendiendo a factores como el tiempo de permanencia en la nueva familia, su integración en ella, así como los medios con los que cuenta en el nuevo hogar parece imposible que se acabe tomando una decisión en el sentido del retorno del menor a su familia de origen. No es por nadie discutido las mayores ventajas que en cierta manera puede suponer para el menor el cambio de entorno familiar, sin embargo, si nuestro ordenamiento predica el prioridad de retorno con la familia de origen como norma general, es necesario que seamos conscientes de la desequilibrada posición que ocupan los padres biológicos con respecto de la familia de acogida.

A tenor de todo lo expuesto anteriormente, si se produjera un cambio en las circunstancias que provocaron la declaración de desamparo puede suponer la reintegración del menor con su familia biológica.

A pesar de ello, puede que la Administración pública no ejecute la sentencia que declare la vuelta del menor en la familia biológica y de igual forma puede que se prologue de manera excesiva la separación entre los progenitores y el menor y por tanto provocar que se considere más beneficioso la permanencia en la familia de acogida que volver a la familia biológica. Por ello se deriva una situación de imposibilidad de recuperar a los hijos y por ende, un daño para los padres.

¹¹⁵ ALLUEVA AZNAR, L.: *Situaciones de...*, 2011, p 20.

¹¹⁶ CARRASCO PERERA, A.: "Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan", *Aranzadi digital*, 2010, p.1 (BIB 2010\3783).

En este sentido, en lo referido a la reintegración del menor con su familia de origen no cabe duda de que el tiempo juega un papel crucial, "puesto que garantiza la mayor estabilidad del menor en la nueva familia, a la vez que lo aleja de su familia biológica, a la que pertenece originariamente"¹¹⁷. Todo ello desencadena que una situación de hecho se convierta en definitiva, por lo que no hay duda que el tiempo va en contra de la familia de origen¹¹⁸. En igual sentido se pronuncian otros autores como BALLESTEROS DE LOS RÍOS al afirmar que el paso del tiempo supone inexorablemente que lo más beneficioso para los menores sea el permanecer junto con la familia de acogida¹¹⁹.

Por ello, cada vez es una cuestión más común encontrarse Jurisprudencia¹²⁰ respecto de unos progenitores que reclaman el daño causado por la imposibilidad de retorno del menor a su familia de origen.

Así, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 4ª) de 30 de abril de 2010 (RJ 2010\299140). En ella se analiza la interposición de recurso contencioso- administrativo contra la actuación de la Administración en materia de responsabilidad patrimonial por el perjuicio sufrido por los progenitores y en su papel de representante de sus hijos menores debido a un funcionamiento anormal de la Administración en materia de acogimiento y adopción. En sus fundamentos de derecho, la sentencia señala los elementos que integran la responsabilidad:

- Realidad del daño o perjuicio que se pueda valorar económicamente.
- Que el daño o perjuicio sufrido se produzca consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración, en una relación de causa y efecto.
- Que el daño sea antijurídico, es decir, que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de sufrirlo.
- Que no se pueda imputar a causa de fuerza mayor.

¹¹⁷ ALLUEVA AZNAR, L.: *Situaciones de...*, 2011, p 20-21.

¹¹⁸ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, p 233.

¹¹⁹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo...*, 1997, p 1446.

¹²⁰ Así en la SAP Barcelona de 20 de enero de 2004 (JUR 2004/61693) debido a la declaración de desamparo de un menor inmediatamente después de su nacimiento, el Tribunal considera que se debía haber esperado al menos un año para determinar si realmente existía tal situación de desamparo. Por ello se señala la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En la presente Sentencia no es objeto de análisis la procedencia o no de la declaración de desamparo sino la situación irreversible en la que se encuentran los padres biológicos dado que el transcurso del tiempo ha hecho imposible la vuelta del menor a su núcleo familiar de origen. Se alega una actuación excesivamente rápida, "sin datos objetivos de valoración, o con datos insuficientes, y con el prejuicio más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación. " No se tomó en consideración la posibilidad de evolución positiva de los padres, lo que propició la paulatina adaptación del menor en la familia de acogida y su consiguiente imposibilidad de retorno con su familia biológica. Como daño, el fundamento sexto de la sentencia señala "la pérdida de la posibilidad de establecer un vínculo afectivo real con su hijo biológico." El nexos causal vendría dado por el erróneo funcionamiento de la Administración al no considerar ni siquiera la posibilidad de los padres se recuperen; asimismo posteriormente ignora el proceso de desintoxicación de los mismos y la reestructuración del núcleo familiar.

Otro de los puntos que más controversia puede suponer al analizar la Sentencia es la determinación de la magnitud del daño causado, es decir, en palabras de la Sala, de la "pérdida de la posibilidad de establecer un vínculo afectivo real con su hijo biológico, a partir de la acreditación de la existencia de una posibilidad de evolución positiva de los padres a partir del ingreso en un centro de deshabitación".

Según FARNÓS AMORÓS la equiparación que hace la Sentencia de la ruptura del vínculo afectivo con la muerte de un hijo deja lugar a dudas. A pesar de que queda imposibilitado el retorno del menor con su familia de origen, este hecho no excluye, como lo haría la muerte, la futura posibilidad de establecer relaciones personales con él. Esta polémica equiparación de la situación de privación de relaciones y muerte trae consigo uno de los puntos más discutidos del presente caso: la cuantificación del daño¹²¹.

La Sentencia afirma recurrir al baremo de circulación del Real Decreto Legislativo 8/2004, ya que dado la naturaleza del perjuicio no es posible determinar por otras vías la cuantía a indemnizar. La cantidad final en la que se valora el daño es de

¹²¹ FARNÓS AMORÓS, E.: "Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4) de 30 de abril de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n 86, 2011, p 7.

980.000 euros a los que de deberán añadir los intereses legales. Sin embargo, la cantidad estipulada por el Tribunal es notablemente superior a la establecida por la tabla I del baremo a la que se señalaba se acudiría de modo orientativo.

Numerosas críticas ha suscitado esta decisión del TSJ de Cataluña, pues en último término serán los contribuyentes sobre los que recaiga el abono de tan cuantiosa indemnización. Sería la intención de "desincentivar ciertas prácticas administrativas tendentes a favorecer la integración de los menores desamparados en otras familias", lo que podría haber motivado al Tribunal para establecer una cuantía de semejante envergadura¹²².

De un manera más crítica se pronuncia GARCÍA AMADO, haciendo una reflexión sobre la manera en la que la Sentencia presenta los hechos así como el papel que se le otorga al interés superior del menor. Señala la incongruencia, a su parecer, de la reclamación que comúnmente se le hace a la Administración de la lentitud de sus actuaciones para que tome medidas de manera más rápida en aras de la protección de los menores, y en este caso es esa misma rápida actuación la que se toma como fundamento de la actitud errónea de la Administración¹²³.

Compartiendo la opinión tanto de GARCÍA AMADO como de FARNÓS AMORÓS, considero que supone un peligro la senda adoptada por el TSJ de Cataluña en el sentido de que puede dar lugar a una avalancha de reclamaciones a la Administración basadas en la negligente actuación de la misma, así como un serio problema a la hora de establecer la cuantía con la que habría que indemnizar a los progenitores, puesto que parece que nos estamos acercando al debate sobre el valor económico de los hijos lo cual a mi criterio puede suponer una frivolidad en un tema tan serio como es la declaración de desamparo del menor. Por último, y en la misma línea marcada por GARCÍA AMADO, si constantemente estamos reprochando a la Administración su lentitud a la hora de tomar medidas: ¿cuál es el límite que marca el momento de necesidad de agilidad y el de prudencia?

¹²² FARNÓS AMORÓS, E.: "Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña...", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, p 9-10.

¹²³ GARCÍA AMADO, J.A.: "La sentencia de la semana. Interés del menor y mayores interesados", disponible en <http://garciamado.blogspot.com/2010/10/la-sentencia-de-la-semana-interes-del.html> , 2010.

XV. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha analizado el concepto de desamparo en base a lo contenido tanto en el CC como en la LOPJM, con especial hincapié en la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015. A pesar de que como ya hemos visto, en la actualidad el término cuenta con una regulación más detallada y completa, continúa siendo un concepto jurídico indeterminado ya que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y de la interpretación que tenga lugar tanto por parte de la Administración como por parte de la Jurisdicción en caso de que se interponga recurso sobre la declaración administrativa de desamparo. Ello puede dar lugar a la existencia de situaciones similares con soluciones diferentes, normalmente justificadas en el principio del interés superior del menor. A pesar de que la LOPJM cuenta con una lista de las situaciones que provocaran desamparo, aspectos esenciales de las mismas no quedan completamente definidos, ya que en cuestiones como el consumo de sustancias adictivas no se establece con claridad cuáles son las que se entenderán como tales, o en el caso del abandono o abusos sexuales a un menor nada se establece sobre la prejudicialidad.

Esta indeterminación se acentúa más si cabe a la hora de diferenciar si una situación es constitutiva de ser declarada como de riesgo o como de desamparo, las cuales conducen a la adopción de medidas esencialmente diferentes. A este respecto podemos señalar la realidad que se produce en muchas ocasiones: en aras de proteger a un menor se le declarara como desamparado cuando se podía recurrir a la situación de riesgo, la cual podría suponer una eventual solución de los problemas familiar sin llegar a tomar la decisión extrema de suspensión de la patria potestad. Sin embargo, es el tan utilizado interés superior del menor el que, en ocasiones, hace decantarse por la declaración de desamparo del menor sin plantearse la posibilidad de que la situación en la que se encuentra el mismo pueda ser solucionada por la vía del apoyo a la familia.

Todo el proceso de la declaración de desamparo del menor se encuentra guiado por el interés superior del menor, como bien señala nuestra legislación. Sin embargo a través de la observación de los diferentes casos podemos llegar a la conclusión de que éste se utiliza de una manera demasiado genérica, siendo el principio en el que se basan todas las decisiones tomadas pero no quedando claro a qué se refiere ese interés superior. En igual sentido parece necesario recordar tanto a la Administración como a

los Tribunales la necesidad que existe de motivar ese interés en pro de una mayor seguridad jurídica.

Una vez declarado administrativamente el menor en desamparo se produce el efecto automático de la asunción de la tutela por parte de la Administración, debido al cual, los progenitores o tutores quedan suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. Como garantía de sus derechos, los padres tendrán la posibilidad de ser oídos aun no habiendo recurrido judicialmente la declaración de desamparo, siendo el plazo para recurrir de dos meses desde que reciben notificación de la declaración. El establecimiento por la Ley de este plazo resulta altamente positivo, pues señala un tiempo para recurrir la decisión de la Administración que no es excesivo, pero sí suficiente para los progenitores, y posibilita que el menor se encuentre con la mayor brevedad posible en una situación jurídica estable, lo cual repercutirá a su vez en una mayor estabilidad emocional para él.

A pesar de las deficiencias que en otros aspectos la regulación legal del tema puede tener, la reforma acontecida sobre la LOPJM ha supuesto un avance en lo que ha régimen de comunicaciones con la familia de origen se refiere, pues se da un mayor reconocimiento al derecho del menor declarado en desamparo de mantener relaciones personales con la familia, haciendo una mención expresa a los padres y abuelos así como a la necesidad de motivación por parte de la Entidad Pública de los motivos por los cuales se deniega la comunicación con la familia en el caso de que se tome esta medida.

Por último es necesario referirnos al cambio de circunstancias y la revocación de la declaración de desamparo, ciertamente uno de los temas más controvertidos en lo que a desamparo de menores se refiere. Quedando fijado por la Jurisprudencia que el cambio de circunstancias debe suponer el restablecimiento de la unidad familiar, como hemos señalado en el trabajo, la problemática entorno a este tema viene determinada por la previsión del CC de que se priorizará la reintegración en la propia familia del menor siempre que su interés superior lo permita. Analizando la Jurisprudencia sobre el tema, en la mayor parte de los casos se observa cómo aludiendo al interés superior del menor se llega a la conclusión de que no es posible el retorno del menor a su núcleo familiar original. Las razones esgrimidas suelen centrarse en el establecimiento de vínculos afectivos del menor con la nueva familia así como los beneficios que su permanencia en

ella le pueden ocasionar. Es imposible negar la veracidad de estos argumentos pues en la mayor parte de los casos la calidad de vida que puede llegar a tener el menor en la nueva familia es mayor que en la de origen; sin embargo si nuestra legislación señala como preferente la reinserción en la familia de origen, se antoja complicado que se dé una situación en la que los progenitores se vean capacitados para luchar con los argumentos expuestos anteriormente.

Del tema de la posibilidad de retorno o no del menor con la familia de origen se deriva la posible responsabilidad a la que debe hacer frente la Administración. Cada vez son más frecuentes los casos en los que se produce una reclamación por una posible dilación indebida en el tiempo de separación del menor y su familia biológica que impide la reintegración en el núcleo familiar original, y por los cuales los progenitores reclaman una compensación por el daño ocasionado. Sin negar en ningún momento el efectivo daño que puede suponer para los padres la imposibilidad de recuperar la patria potestad sobre sus hijos, parecen desorbitadas las cantidades que se vienen otorgando por los Tribunales. Asimismo, las situaciones por las que se reclama una compensación económica a la Administración no dejan de ser meramente especulativas, pues aún siendo cierto que es el paso del tiempo el que determina la imposibilidad de reinserción en la familia, no se tiene la certeza de que de no haberse producido esa demora por parte de la Administración la situación de los padres hubiera cambiado lo necesario como para dar lugar a la vuelta del menor a su entorno.

Como conclusión final podemos señalar el efecto positivo que han tenido las reformas llevadas a cabo sobre la LOPJM así como del CC y la LEC. A pesar de ello, aún son numerosos los aspectos que sería preceptivo concretar y ampliar su definición, al mismo tiempo que es preciso la utilización seria, efectiva y prudente del principio del interés superior del menor, pues no debemos perder de vista que el objetivo final es, sin ninguna duda, la protección de los menores.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A.: *Las relaciones abuelos-nietos: régimen de visitas, reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006.

ALLUEVA AZNAR, L.: "Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores", *INDRET*, 2011.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo", *Revista del Poder Judicial*, n 60, 2000.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La Protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Edisofer, Madrid, 1994.

ARCE FERNÁNDEZ, I.: *El desamparo de Menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2011.

ARCE RAMÍREZ, E.: "Los menores extranjeros en situación de desamparo", *Revista de Derecho de familia*, n 5, 1999.

ARELLANO GÓMEZ, F.J.: "Interacción entre el Derecho Público y Privado en las fases previas al expediente judicial de adopción", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n 612.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La guarda y el acogimiento de menores", *Aranzadi digital*, n 9, 2015 (BIB 2015\4802).

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

BRAZELTON, T.B. y GREENSPAN, S.I.: *Las necesidades básicas de la infancia, lo que cada niño precisa para vivir, crecer y aprender*, Grao, Barcelona, 2005.

CARRASCO PERERA, A.F.: "Benditos abuelos", *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2003 (BIB 2003/1358).

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.

CARRASCO PERERA, A.: "Desamparados", *Aranzadi Digital*, 2003 (BIB 2003\835).

CARRASCO PERERA, A.: "Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan", *Aranzadi digital*, 2010 (BIB 2010\3783).

COLÁS ESCANDÓN, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi, Navarra, 2005 (BIB 2004/1793).

CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia", *Aranzadi Civil*, 2003 (BIB 2003/1118).

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "Ley Orgánica de de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés", *Diario La Ley*, n 8590, 2005.

DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.

DÍAZ ALABART, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados", *Revista de Derecho Privado*, mayo- junio 2003.

ESPIAU ESPIAU, S.: *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

FARNÓS AMORÓS, E.: "Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4) de 30 de abril de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n 86, 2011.

GARCÍA AMADO, J.A.: "La sentencia de la semana. Interés del menor y mayores interesados", disponible en <http://garciamado.blogspot.com/2010/10/la-sentencia-de-la-semana-interes-del.html> , 2010.

GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y a la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Colección de Estudios de Derecho, Murcia, 2003.

GOIRIA MONTOYA, M.: *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, UPV, Bizkaia, 2012.

GONZÁLEZ LEÓN, C.: *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosh Editores, Barcelona, 1995.

HUÉLAMO BUEN DÍA, A.J.: "Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores", *www.fiscal.es*

IGLESIAS REDONDO, J.I.: *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., "La reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *SEPIN*, 2015 (SP/DOCT/18970).

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: *Los Menores en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2002.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001.

LÓPEZ AZCONA, A.: "La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo", *Aranzadi digital*, 2001 (BIB 2001\417).

LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: "Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad", *Diario la Ley*, n 6121, 2004 (La Ley 2375/2004).

LÓPEZ SÁNCHEZ, F., LÓPEZ, B., FUERTES, J., SÁNCHEZ, J.M., MERINO, J.: *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

LÓPEZ SÁNCHEZ, F.: "Necesidades de la infancia y protección infantil, actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores", *Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales*, 2005.

LÓPEZ SANCHEZ, C.: "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del homeschooling", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n 13, 2013.

MORENO- TORRES SÁNCHEZ, J.: *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi, Navarra, 2009.

MUÑOZ GARCÍA, C.: "Anteproyecto de Ley de Protección de la infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme", *Diario La Ley*, n 8342, Sección Tribuna, 2014. Ref. D-214.

ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Aranzadi Civil*, (en prensa).

PAINCEIRAS SOLLEIRO, S.: "Intervención pública en los supuestos de desamparo de menores: Análisis prácticos sobre salud y obesidad", *RDUNED*, 2014, n 14.

PICORNELL LUCAS, A.: *La infancia en desamparo*, Nau Llibres, Valencia, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Derecho de visita*, J.M. Bosh Editor, Madrid, 1997.

ROCA, E.: *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ ALMADA, H.: *Maltrato y abuso sexual de menores; una revisión crítica*, Comares, Granada, 2006.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, Navarra, 2012.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "Últimas reformas de las instituciones privadas de la protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Aranzadi Digital*, n 3, 2016 (BIB 2016\862).

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B.: "El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia", *Revista de Derecho Civil*, n 4, 2014.

SAÍNZ MORENO, F.: "Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)" en PENDAS GARCÍA, B.: *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemáticos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Praxis, 1993.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: "Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral", *Actualidad Civil*, 1998.

SANTAMARÍA, M.L.: *La Nueva Ley de Protección a la Infancia: el Acogimiento Familiar ante el Garantismo Institucional*, Facultad de Derecho UIC Barcelona, en *Quaderns de polítiques familiars*, Revista de l'Institut d'Estudis Superiors de la Família, n 1, 2015.

VALLADARES RASCÓN, E.: "La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo", *Centenario del Código Civil*, Tomo II, 1999.

VARGAS CABRERA, B.: *La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", *La Ley*, n 5669, 2002.

VILLA RUBIO, M.: "Protección de menores desamparado, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A.: *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

AUDIENCIA PROVINCIAL

Auto AP Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000,512)
SAP La Rioja de 10 de diciembre de 2001 (JUR\2002\66372)
SAP Gerona (Sección 2ª), de 12 de julio de 2002 (400/2002)
SAP Valencia (Sección 10ª) de 29 de noviembre de 2002 (781/2002)
Auto AP Madrid (Sección 22º) de 6 de diciembre de 2002 (JUR\2003\92340)
SAP Barcelona de 20 de enero de 2004 (JUR 2004/61693)
SAP Zaragoza (Sección 5ª) de 15 de julio de 2004 (AC 2004\990)
SAP Málaga (Sección 5ª) de 5 de junio de 2005 (AC\2005\1654)
SAP Sevilla (Sección 5ª) de 10 de junio de 2005 (JUR 2005\233867)
SAP Castellón (Sección 2ª) de 22 de junio de 2005 (JUR\2005\207437)
SAP Cádiz (Sección 5ª) de 19 de septiembre de 2006 (JUR 2007\70625)
SAP Guadalajara (Sección 1ª) de 20 de septiembre de 2006 (JUR\2006\239537)
SAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 18 de enero de 2007 (AC 2007\308)
SAP Sevilla (Sección 2ª) de 5 de febrero de 2007 (JUR\2007\239369)
SAP Alicante (Sección 6ª) de 21 de febrero de 2007 (JUR\2007\265449)
SAP de Islas Baleares de 2007 de 23 de marzo de 2007 (JUR\2007\282329)
SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 26 de marzo de 2007 (606/2006)
SAP Granada (Sección 5ª) de 22 de junio de 2007 (650/2006)
SAP León (Sección 1ª) de 30 de enero de 2008 (373/2007)
SAP Sevilla (Sección 2ª) de 3 de junio de 2008 (1709/2008)
SAP Castellón (Sección 2ª) de 11 de junio de 2008 (JUR\2008\309724)
SAP Alicante de 24 de julio de 2008 (JUR 2009\5003)
SAP Castellón (Sección 2ª) de 25 de noviembre de 2008 (RJ\2009\132853)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 3 de marzo de 2009 (AC 2009\1279)
SAP Cuenca, de 3 de julio de 2009 (AC 2009\1797)
SAP Asturias (Sección 5ª) de 25 de mayo de 2009 (180/2009)
SAP Tarragona (Sección 1ª) de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009\462230)
SAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 20 de octubre de 2009 (AC\2010\17)
SAP Cantabria (Sección 2ª) de 12 de enero de 2010 (JUR 2010\359350)
SAP Murcia (Sección 4ª) de 3 de marzo de 2011 (JUR 2011\156761)
SAP Lugo (Sección 1ª) de 25 de noviembre de 2011 (JUR 2012\3304)

SAP Navarra (Sección 2ª) de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012\206911)
SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 8 de febrero de 2012 (JUR\2012\209273)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 3 de abril de 2012 (JUR 2012\195638)
SAP Murcia (Sección 4ª) de 20 de septiembre de 2012 (JUR 2012\369768)
SAP Tarragona (Sección 1ª) de 4 de julio de 2013 (JUR\2013\341168)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 14 de octubre de 2013 (JUR\2014\22210)
SAP Vizcaya(Sección 4ª) de 21 de marzo de 2014 (JUR\2014\183556)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 26 de marzo de 2014 (JUR 2014\179422)
SAP Málaga (Sección 6ª) de 30 de junio de 2014 (AC\2014\1831)
SAP Cantabria (Sección 2ª) de de 10 de octubre de 2014 (JUR 2015\214419)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 25 de noviembre de 2014 (JUR 2015\64172)
SAP Cádiz (Sección 5ª) de 6 de abril de 2015 (AC 2015\739)
SAP de Toledo (Sección 1ª) de 28 de abril de 2015 (JUR\2015\132338)
SAP León (Sección 1ª) de 5 de mayo de 2015 (JUR\2015\145371)
SAP Zaragoza (Sección 2ª) de 6 de mayo de 2015 (00217/2015)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 14 de mayo de 2015 (353/2015)
SAP Sevilla (Sección 2ª) de 21 de mayo de 2015 (210/2015)
SAP Málaga (Sección 6ª) de 9 de junio de 2015 (JUR 2015\291595)
SAP Huelva (Sección 3ª) de 11 de junio de 2015 (JUR\2015\272750)
SAP Córdoba (Sección 1ª) de 15 de junio de 2015 (AC 2015\1332)
SAP Soria (Sección 1ª) de 29 de octubre de 2015 (JUR\2015\298355)
SAP Barcelona (Sección 18ª) de 5 de noviembre de 2015 (JUR 2016\6678)
SAP Barcelona(Sección 18ª) de 26 de noviembre de 2015 (JUR\2016\20768)
Auto AP Barcelona (Sección 18ª), de 3 de diciembre de 2015 (JUR\2016\20409).
SAP Zaragoza (Sección 2ª) de 10 de diciembre de 2015 (JUR\2016\9795)
SAP Ourense (Sección 1ª) de 28 de diciembre de 2015 (JUR\2016\32979)
SAP Cáceres (Sección 1ª) de 15 de enero de 2016 (JUR\2016\32227)
SAP Tarragona (Sección 1ª) de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016\63372)
SAP Málaga (Sección 6ª) de 17 de febrero de 2016 (JUR\2016\69277)
SAP Coruña (Sección 3ª) de 18 de febrero de 2016 (73/2016)
SAP Burgos (Sección 2ª) de 1 de marzo de 2016 (JUR 2016\63504)

TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de enero de 2004 (REC 538/2001)

STS de 23 de mayo de 2005 (384/2005)

STS de 1 de julio de 2009 (565/2009)

STS (Sala de lo Civil) de 31 de julio de 2009 (5817/2009)

STS de 21 de febrero de 2011 (84/11)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 13 de junio de 2011 (RJ 2011\4526)

Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 1 de abril de 2014 (JUR 2014\109705)

STS (Sala de lo Civil) de 6 de junio de 2014 (2131/2014)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014\5183)

STS de 18 de junio de 2015 (RJ 2015/2203)

STS (Sala Civil) de 9 de octubre de 2015 (4084/2015)

STS (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2015 (4159/2015)

STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 2015 (RJ 2016\117)

STS (Sala de lo Civil) de 17 de marzo de 2016 (170/2016)

STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\104296)

Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de mayo de 2016

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC (Sala 2ª), de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002\124)

STC (Sala Primera), de 4 de abril de 2005 (RTC 2005\75)

STC de 26 de septiembre de 2005 (233/2015)

STC (Sala 2ª) de 28 de abril de 2008 (RTC 2008\58).

STC de 22 de diciembre de 2008 (176/2008)

STC (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 2010 (RTC\2010\133)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ (Sección 4ª) de 30 de abril de 2010 (RJ 2010\299140)

STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 17 de diciembre de 2015 (JUR\2016\37971).

TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS

STEDH, de 17 de diciembre 2002, asunto Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos, (2002\75)

STEDH, de 9 de mayo 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia (STEDH 2003\24)

STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A contra Finlandia (JUR 2003\50027).

STEDH de 7 de octubre de 2008, asunto Mancevschi contra Moldavia (TEDH 2008\76)

PRIMERA INSTANCIA

Sentencia Juzgado Primera Instancia de Málaga de 13 de julio de 2015

(JUR\2016\61936)

ANEXO DE LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil.

Constitución Española, de 1978.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

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

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley 14/2002, de 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia.

Decreto 131/2003, de 13 de noviembre.

Decreto 37/2006, de 25 de mayo.

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil.

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

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

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996.

Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996.

Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010.

Observación general N°14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas.

Ley italiana 184/1983 de 4 de mayo del derecho del menor a tener una familia.